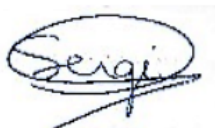


LOS EFECTOS DE LA MOVILIZACIÓN LEGAL MAPUCHE ANTE EL
AVANCE DE LA FRONTERA MINIHIDROELÉCTRICA EN LA
ARAUCANÍA.

Doctorando: Sergi Vidal-Parra

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Sergi', enclosed within a circular scribble.

Director de tesis: Felipe Gómez Isa

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Felipe', enclosed within a large, stylized circular scribble.

Universidad de Deusto, 13 de marzo de 2023

Programa de doctorado: Derechos Humanos: Retos Éticos, Sociales
y Políticos

ABREVIATURAS

AIDA - Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente

APEMEC - Asociación Chilena de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas

Art. - Artículo

CA - Código de Aguas

CBR - Conservadores de Bienes Raíces

CCPR - Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

CEACR - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT

CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CERD - Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial

CH - Central Hidroeléctrica

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIFES - Centro Nacional para la Innovación y Fomento de las Energías Sustentables

CMN - Consejo de Monumentos Nacionales de Chile

CNE - Comisión Nacional de Energía

COEVA - Comisión de Evaluación Ambiental

CONADI - Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

CONAF - Corporación Nacional Forestal

CONAMA - Comisión Nacional del Medio Ambiente

COREMA - Comisión Regional del Medio Ambiente

CORFO - Corporación de Fomento de la Producción

Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP - Constitución Política

CPA - Catastro Público de Aguas

CUO - Concesiones de Uso Oneroso

DAA - Derechos de Aprovechamiento de Aguas

DAAC - Derechos de Aprovechamiento de Aguas Consuntivos

DAANC - Derechos de Aprovechamiento de Aguas No Consuntivos

DF - Derecho Fundamental

DGA - Dirección General de Aguas

DIA - Declaración de Impacto Ambiental

DNU - Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

DOH - Dirección de Obras Hidráulicas

DPDS - División de Participación y Diálogo Social del Ministerio de Energía

D.S. - Decreto Supremo

EIA - Estudio de Impacto Ambiental

EJOLT - Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade

ERD - Estrategias Regionales de Desarrollo

ERNC - Energías Renovables No Convencionales

GEI - Gases de Efecto Invernadero

GHPPI - Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas

Ha - Hectáreas

ICE - Informe Consolidado de Evaluación

ICSARA - Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones

IDLADS - Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible

IFC - Informe de Factibilidad para Construcciones Ajenas a la Agricultura en Área Rural

IIDS - Instituto Internacional Derecho y Sociedad

INDH - Instituto Nacional de Derechos Humanos

IPCC - International Panel on Climate Change

LBGMA - Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300)

LBPA - Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (Ley 19.880)

LGSE - Ley General de Servicios Eléctricos en Materia de Energía Eléctrica (Ley N° 19.674)

LTA - Ley de los Tribunales Ambientales (Ley 20.600)

LTE - Línea de Transmisión Eléctrica

MINSEGPRES - Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia

MMA - Ministerio del Medio Ambiente

MOP - Ministerio de Obras Públicas

MW - Megavatios

NUMIES - Núcleo Milenio en Energía y Sociedad

OAECA - Órgano de la Administración del Estado con Competencia Ambiental

OIT - Organización Internacional del Trabajo

OLCA - Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales

PAC - Participación Ambiental Ciudadana

PAS - Permisos Ambientales Sectoriales

PCHS - Pequeñas Centrales Hidroeléctricas

PEN - Política Energética (Nacional)

PER - Planes Energéticos Regionales

PIDESC - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PIDI - Programa de Promoción e Información de los Derechos Indígenas

PLADECO - Plan de Desarrollo Comunal

PLADETUR - Plan de Desarrollo Turístico

PMGD - Pequeño Medio de Generación Distribuida

PMOC - Plan de Manejo de Obras Civiles

PROT- Planes Regionales de Ordenamiento Territorial

RADA - Red de Acción por los Derechos Ambientales

RCA - Resolución de Calificación Ambiental

Res. Ex. - Resolución Exenta

RSEIA - Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

SAG - Servicio Agrícola y Ganadero

SEA - Servicio de Evaluación Ambiental

SEC - Superintendencia de Electricidad y Combustibles

SEIA - Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

SEN - Sistema Eléctrico Nacional

SEREMI - Secretaría Regional Ministerial

SERNAGEOMIN - Servicio Nacional de Geología y Minería

SERNATUR - Servicio Nacional de Turismo

SIC - Sistema Interconectado Central

SIDH - Sistema Interamericano de Derechos Humanos

SING - Sistema Interconectado del Norte Grande

SMA - Superintendencia del Medio Ambiente

UCT - Universidad Católica de Temuco

UFRO - Universidad de la Frontera

UGP - Unidad de Gestión de Proyectos del Ministerio de Energía

ZOIT - Zona de Interés Turístico

Tabla de contenido

ABREVIATURAS	2
Índice de ilustraciones.	13
 INTRODUCCIÓN.....	17
A. Planteamiento del problema, objetivos y justificación de la investigación.....	19
B. Hipótesis.	25
C. Metodología.	25
D. Estructura de la tesis.	33
 CAPÍTULO 1. EL BOOM DE LAS PEQUEÑAS CENTRALES HIDROELÉCTRICAS.	60-61
1. Antecedentes.....	61
2. Los giros discursivos del gobierno: entre las grandes centrales de embalse y las minihidros de pasada.....	68
2.1. El imperativo extractivista. ¿Energía para quién y para qué?.....	76
2.2. El imperativo de las renovables. ¿Son las minihidros una tecnología limpia y verde?	85
2.2.1. Fragmentación ecológica.....	96
2.2.2. Fragmentación socioeconómica.	100
2.2.3. Fragmentación cultural y espiritual.	102
3. El andamiaje institucional.	121
3.1. Institucionalidad hídrica.	124
3.1.1. La excepcionalidad del modelo de aguas chileno.....	124
3.1.2. El Régimen jurídico de aguas chileno.	125
3.1.3. Efectos del régimen de aguas chileno.....	136
3.1.4. Reforma del Código de Aguas (2005) y fomento de la hidroelectricidad.	137
3.1.5. Efectos de la reforma del modelo de aguas chileno.	148
3.2. Marco Sectorial Eléctrico.	155
3.2.1. Características generales.....	155

3.2.2. Efectos de la institucionalidad eléctrica.	157
3.2.3. Reformas de la institucionalidad eléctrica y fomento de las ERNC	158
3.2.4. Instrumentos de fomento de las minihidros.	164
3.3. Marco sectorial ambiental.	172
3.3.1. Características generales.....	172
3.3.2. Primera Etapa: Diseño de los proyectos e ingreso en el SEIA..	177
3.3.3. Segunda Etapa: Evaluación de los proyectos en el SEIA.	197
3.3.4. Tercera etapa: Calificación ambiental de los proyectos.	221
4. Política Energía 2050.	226
4.1. Antecedentes.....	226
4.2. Pilares, metas y lineamientos de la nueva política energética.	227
4.3. Dimensión indígena de la Política Energía 2050.....	232
4.4. Lineamientos, componentes y acciones del Capítulo Indígena.	234
5. PLAN 100 MINIHIDROS.....	237
5.1. Introducción.....	237
5.2. Diagnóstico del sector minihidro.....	238
5.3. Barreras para el crecimiento del sector minihidro.	239
5.4. Medidas del Plan 100 Minihidros.....	240
5.4.1. Nueva institucionalidad: Unidad de Gestión de Proyectos (UGP) y División de Participación y Diálogo Social (DPDS).	240
5.4.2. Líneas de acción del Plan 100 Minihidros.....	241
5.5. Resultados del Plan 100 Minihidros.	247
6. Reflexiones finales.	250
 CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO: JURIDIFICACIÓN DE LA POLÍTICA INDÍGENA.	266
1. El concepto de juridificación.	266
2. La juridificación de la política indígena.	270
2.1. Contexto.	270
2.1.1. El papel protagónico del Derecho.	270

2.1.2. Paradigmas en disputa: multiculturalismo neoliberal v. contrahegemónico.....	275
2.1.3. La paradoja de los derechos indígenas: la brecha de implementación.	278
2.2. Particularidad de la juridificación de la política indígena.	281
3. Efectos de la juridificación de la política.	283
3.1. Enfoque neorrealista o positivista.....	283
3.2. Enfoque constructivista o interpretativista.	285
3.3. Enfoque neorrealista v. constructivista: una valoración.	287
4. Efectos de la juridificación de la política indígena.....	291
4.1. El Derecho como instrumento de dominación.....	291
4.2. El Derecho como instrumento de emancipación.	299
5. Juridificación de la política indígena en Latinoamérica.	304
5.1. COLOMBIA.....	305
5.1.1. Caso del río Atrato.....	307
5.1.2. Caso de la minicentral hidroeléctrica Hidrosupía.....	310
5.1.3. Caso de la represa El Cercado.	313
5.2. PERÚ.....	319
5.2.1. Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible-IDLADS.	319
5.2.2. Instituto de Defensa Legal del Perú.....	324
5.2.3. Instituto Internacional Derecho y Sociedad (IIDS).	328
5.3. GUATEMALA.....	333
5.3.1. Asociación de Abogados y Notarios Mayas – Nim Aipu.....	335
5.3.2. Bufete para Pueblos Indígenas.	337
5.3.3. Litigio maya frente al extractivismo hidroeléctrico.....	339
6. CHILE.	350
6.1. <i>Forum shopping</i> en el litigio indígena contra RCA: recurso de protección v. recurso de reclamación.	350
6.2. El desafío del litigio indígena: la justicia intercultural en Chile.....	354
6.3. Los efectos del litigio indígena en Chile.	356

6.3.1. La recepción de los recursos de protección indígenas en la jurisdicción constitucional.....	357
6.3.2. La recepción de los recursos de reclamación indígenas en la jurisdicción ambiental.	370
7. Reflexiones finales.	383

CAPÍTULO 3: LOS EFECTOS DE LA MOVILIZACIÓN LEGAL MAPUCHE FRENTE A LA PROLIFERACIÓN DE PROYECTOS MINIHIDRO EN LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA. ESTUDIO DE CASOS.	390
1. CH DOÑA ALICIA.	390
1.1. Antecedentes.....	390
1.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	390
1.1.2. Tramitación Ambiental del Proyecto y recursos administrativos....	390
1.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	396
1.2.1. Alegaciones de los reclamantes mapuche ante el Tercer Tribunal Ambiental.	396
1.2.2. Alegaciones de la autoridad ambiental.	400
1.2.3. Resolución del Tercer Tribunal Ambiental.	401
1.3. Recurso de casación del Director Ejecutivo del SEA y el titular ante la Corte Suprema.	403
1.3.1. Alegaciones de la autoridad ambiental.	404
1.3.2. Alegaciones del titular del proyecto.	406
1.3.3. Fallo de la Corte Suprema.	407
1.4. Relevancia jurídica del caso.	408
2. CH LLANCALIL.	415
2.1. Antecedentes.....	415
2.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	415
2.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.	416
2.1.3. Reclamación administrativa.	418
2.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	419
2.2.1. Alegaciones del recurso de protección mapuche.....	419

2.2.2. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.	424
2.2.3. Alegaciones del recurso de apelación mapuche ante la Corte Suprema.	424
2.2.4. Alegaciones del SEA ante el recurso de apelación.	425
2.2.5. Resolución de la Corte Suprema.	426
2.2.6. Alegaciones de los recursos de reclamación mapuche ante el Tercer Tribunal Ambiental.	426
2.2.7. Alegaciones del SEA.	429
2.2.8. Resolución del Tercer Tribunal Ambiental.	431
2.3. Relevancia jurídica del caso.	435
3. CH ALTO CAUTÍN.	438
3.1. Antecedentes.	438
3.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	438
3.1.2. Tramitación Ambiental del Proyecto.	439
3.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	441
3.2.1. Alegaciones del recurso de protección mapuche ante la Corte de Apelaciones de Temuco.	441
3.2.2. Alegaciones del titular.	446
3.2.3. Alegaciones del SEA.	447
3.2.4. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.	447
3.3. Relevancia jurídica del caso.	448
4. CH EL RINCÓN.	451
4.1. Antecedentes.	451
4.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	451
4.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.	452
4.1.3. Recurso administrativo del titular.	466
4.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	466
4.2.1. Alegaciones mapuche.	467
4.2.2. Alegaciones del Director Ejecutivo del SEA.	471
4.2.3. Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago.	472
4.3. Relevancia jurídica del caso.	475

5. CH PANGUI.	482
5.1. Antecedentes.....	482
5.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	482
5.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.	483
5.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	486
5.2.1. Alegaciones de los recurrentes mapuche.	486
5.2.2. Alegaciones del SEA.	491
5.2.3. Alegaciones del titular.	492
5.2.4. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.	493
5.2.5. Resolución de la Corte Suprema.	495
5.3. Relevancia jurídica del caso.	495
6. CH TACURA.	498
6.1. Antecedentes.....	498
6.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	498
6.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.	499
6.1.3. Recursos administrativos.	502
6.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	504
6.2.1. Alegaciones mapuche.	504
6.2.2. Alegaciones de la CONAMA.	506
6.2.3. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.	507
6.3. Relevancia jurídica del caso.	511
7. CH AÑIHUERRAQUI.	513
7.1. Antecedentes.....	513
7.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.	513
7.1.2. Tramitación Ambiental del proyecto.	515
7.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.	540
7.2.1. Alegaciones mapuche.	540
7.2.2. Alegaciones del SEA.	547
7.2.3. Alegaciones del Titular.....	548
7.2.4. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.	548
7.2.5. Resolución de la Corte Suprema.	550

7.3. Relevancia jurídica del caso.	550
8. Reflexiones finales.	562
9. ANEXO. ANÁLISIS CUANTITATIVO.	567
9.1. Litigio mapuche frente al Plan 100 Minihidro.	567
9.2. Correlaciones de los efectos del litigio mapuche en sentido estrecho....	591
9.2.1. Correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y los pronunciamientos de los OAECA.	591
9.2.2. Correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y las características de las minihidros.	595
9.2.3. Correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y la dimensión indígena de las centrales hidroeléctricas.	603
CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS.	609
A. Resultados y comprobación de la hipótesis.	609
B. Propuestas y/o Recomendaciones.	617
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	620
REFERENCIAS MEDIÁTICAS.....	655
PRESENTACIONES Y AUDIOVISUALES.	665
DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS.....	672
ENTREVISTAS.	676
CONVERSATORIOS.	679
OTROS DOCUMENTOS.	680

Índice de ilustraciones:

Ilustración 1. Demanda máxima y capacidad instalada en el SEN. Elaboración propia en base a datos de la Comisión Nacional de Energía (CNE).....79

Ilustración 2. Demanda promedio de energía por cliente (1997-2011) (Chile Sustentable 2012) 79

Ilustración 3. Descarbonización de la matriz energética. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC 81

Ilustración 4. Generación de energía SEN. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC..... 82

Ilustración 5. Potencia neta sector hidroelectricidad. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC 82

Ilustración 6. Centrales hidroeléctricas en Chile. Elaboración propia en base a Catastro Ministerio de Energía y SEA 83

Ilustración 7. Potencia neta región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC 84

Ilustración 8. Centrales de generación eléctrica en región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC 85

Ilustración 9. Series hidráulicas, minihidros en cascada en una misma cuenca hidrográfica (Kelly-Richards et al. 2017b, 256).....93

Ilustración 10a. Central de pasada de desvío. Ilustración 10b. Central de pasada de agua fluyente (Kelly-Richards et al. 2017b, 256)..... 95

Ilustración 11. Diseño y tipologías de PCHS (Couto y Organ 2019).....95

Ilustración 12. Proyectos minihidro en el SEIA-Chile (elaboración propia en base a datos SEA)..... 175

Ilustración 13. Proyectos minihidro en el SEIA-región de La Araucanía (elaboración propia en base a datos SEA) 176

Ilustración 14. Diferencias DIA-EIA. Elaboración propia en base a SEA 2020 190

Ilustración 15. Instrumentos de ingreso al SEIA para proyectos minihidro - Chile y región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA..	191
Ilustración 16. Etapas de la evaluación ambiental para un EIA y una DIA (SEA 2020).....	198
Ilustración 17. Reuniones con GHPPI en el SEIA para proyectos minihidro – Chile y región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA..	200
Ilustración 18. Resultados evaluación ambiental proyectos minihidro con reuniones con GHPPI – Chile. Elaboración propia en base a datos SEA....	201
Ilustración 19. Consultas previas con comunidades indígenas en proyectos minihidro – Chile y región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA	202
Ilustración 20. Tasa de aprobación de proyectos minihidro con consulta previa – Chile. Elaboración propia en base a datos SEA	203
Ilustración 21. Proceso de Participación Ambiental Ciudadana (PAC) en el SEIA (SEA 2020)	214
Ilustración 22. Participación indígena en SEIA para proyectos minihidro – región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA.....	215
Ilustración 23. Resultados PAC indígena en SEIA para minihidros – región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA	216
Ilustración 24. Número de Adendas de los proyectos minihidro - región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA.....	219
Ilustración 25. Matriz eléctrica en Chile, año 2014 (Ministerio de Energía 2015).....	227
Ilustración 26. Matriz eléctrica en Chile. Año 2014 (UGP 2015).....	238
Ilustración 27. Catastro de proyectos (UGP 2015).....	239
Ilustración 28. Minihidros que entran en operación a marzo de 2019 (Unidad de Acompañamiento de Proyectos, Ministerio Energía, 2019)	248
Ilustración 29. Tipologías de lawfare (Gloppen 2017 y Wilson 2017).....	268

Ilustración 30. Proyectos minihidro judicializados en la región de La Araucanía por recursos mapuche.....	568
Ilustración 31. Proyectos minihidro con calificación ambiental favorable judicializados por recursos mapuche en la región de La Araucanía.....	568
Ilustración 32. Jurisdicción donde se interponen recursos mapuche contra RCA favorables de proyectos minihidro en la región de La Araucanía.....	569
Ilustración 33. Derechos invocados por recursos mapuche en sede proteccional contra RCA de minihidros en la región de La Araucanía.....	570
Ilustración 34. Alegaciones de fondo de las reclamaciones mapuche en sede ambiental.....	573
Ilustración 35. Argumentos de forma de la autoridad ambiental en sede proteccional.....	575
Ilustración 36. Argumentos de fondo del SEA para oponerse a los recursos de protección mapuche.....	578
Ilustración 37. Argumentos de forma del SEA para rechazar reclamaciones mapuche en sede ambiental.....	580
Ilustración 38. Argumentos de fondo del SEA para rechazar reclamaciones mapuche en sede ambiental.....	583
Ilustración 39. Argumentos de forma del titular en sede proteccional para oponerse a pretensiones mapuche.....	584
Ilustración 40. Argumentos de forma del titular con origen en sede ambiental para oponerse a pretensiones mapuche.....	585
Ilustración 41. Argumentos de fondo del titular en sede proteccional para rechazar pretensiones mapuche.....	586
Ilustración 42. Argumentos de fondo del titular en sede ambiental para rechazar pretensiones mapuche.....	587
Ilustración 43. Resultados recursos de protección mapuche. Tasa de éxito: 14,28%.....	588
Ilustración 44. Razones de forma para rechazar recursos de protección mapuche.....	588

Ilustración 45. Razones de fondo para el rechazo de recursos de protección mapuche.....	589
Ilustración 46. Recursos mapuche contra RCA de proyectos minihidro de La Araucanía en sede ambiental. Tasa de éxito: 100% de las causas resueltas por los Tribunales Ambientales.....	590
Ilustración 47. Fundamentos para acoger los recursos mapuche contra RCA de proyectos minihidro de La Araucanía en sede ambiental.....	591
Ilustración 48. Pronunciamientos de los OAECA.....	594
Ilustración 49. Categorías descripción centrales hidroeléctricas.....	602

INTRODUCCIÓN.

San Francisco Opera House. Estados Unidos. 29 de enero de 2019. Belén Curamil es llamada al escenario para recoger el premio Goldman en nombre de su padre, Alberto Curamil, por su liderazgo en la defensa del río Cautín frente a la instalación de dos proyectos minihidroeléctricos en la comuna de Curacautín (región de La Araucanía) que hubieran ocasionado severos impactos ambientales.

“Señoras y Señores, amigas y amigos, soy Belén Curamil, en nombre de mi padre, autoridad tradicional del pueblo mapuche en Chile, Alberto Curamil Millanao, prisionero político en la cárcel de Temuco, reciban ustedes un afectuoso saludo desde el sur del mundo. Para el pueblo mapuche como para todos los pueblos indígenas, la tierra y sus elementos, ríos, montañas, bosques, agua y aire, aves y animales hablan, sienten, respiran, se alimentan y conviven para ser una comunidad donde el ser humano o che es uno más en ese vivir. Ese conocimiento ancestral que defiende los derechos de nuestra Madre Tierra es el que los poderes de la modernidad pretenden destruir y la razón del encarcelamiento de mi padre que dignamente resiste y que envía a todas y todos ustedes un mensaje de esperanza y continuidad de la lucha por preservar el equilibrio de la vida. La lucha mapuche es una lucha ecológica, es una lucha por la vida y su continuidad, mapu es la tierra y todo lo que existe, che somos nosotros o personas que la habitamos, entonces somos gente de la tierra cuyo mandato principal es proteger todo aquello que hace posible la existencia basado en una espiritualidad conectada con los elementos naturales. No puedo despedirme de ustedes sin antes reconocer el enorme esfuerzo y sacrificio de resistencia de mi pueblo en los últimos 100 años de sometimiento y dominación por parte de los poderes chilenos, nos ha costado miseria económica, genocidio, usurpación de territorio, robo del agua y ganado, ejecuciones extrajudiciales, megaproyectos e invasión del monocultivo forestal, ¡pero seguimos vivos! Por último, desde la cárcel mi padre valora y reconoce la importancia de este premio, el cual es un aliciente para seguir creyendo que otro mundo es posible, pero con unidad y compromiso colectivo y no desde el individualismo que hoy gobierna el mundo. ¡Libertad al lonko Alberto

Curamil, libertad a todos los presos políticos mapuche! ¡Marichiwew!, ¡muchas gracias!” (Belén Curamil 2019).

Este acontecimiento pone de manifiesto cómo mientras en la escena internacional se reconoce la labor que desempeñan los pueblos indígenas en la defensa del medio ambiente y los ríos, en Chile los defensores ambientales mapuche son perseguidos por su oposición al desarrollo extractivista vinculado al imperativo de las renovables propuesto desde el Gobierno central (Fuentes 2019). Tras pasar más de un año en prisión preventiva acusado infundadamente de asalto violento, Alberto Curamil fue finalmente absuelto de los cargos que se le imputaban y puesto en libertad. El caso de Alberto Curamil y su liderazgo contra los proyectos hidroeléctricos Alto Cautín y Doña Alicia no ha sido una excepción, sino que muchas de las pequeñas centrales hidroeléctricas (PCHS) proyectadas en el sur de Chile toparon con la oposición comunitaria y generaron muchos conflictos etnoambientales¹ como consecuencia de la colisión entre

¹ En este sentido, merece ser destacado el caso de la CH Tranguil proyectado por la empresa austríaca RP Global en Liquiñe (región de Los Ríos, Chile). A pesar de la retórica de la empresa en el evento anual Small Hydro Latin América (Medellín, Colombia 2016) que defendía que se estaba asentando en el territorio de forma amistosa y acordada con las comunidades locales, el 22 de agosto de 2016 apareció colgada y muerta en su casa Macarena Valdés, quien junto a su marido Rubén Collío había participado en actividades de resistencia al proyecto hidroeléctrico y junto a otras mujeres del territorio habían sido objeto previamente de amenazas de muerte y advertencias de que cesaran las hostilidades contra el emplazamiento del proyecto (Villegas 2017, Rojas-Marchini y Hernando-Arrese 2019). Un día antes del fallecimiento de Macarena Valdés, se había producido un altercado con la empresa porque ésta se había desplazado al territorio con la intención de instalar las torres de alta tensión y se encontraron con los caminos bloqueados. Macarena Valdés se habría arrojado encima del capó de una camioneta de la empresa para impedir el paso y los empleados de la empresa finalmente tuvieron que retirarse. La Fiscalía y el Servicio Médico Legal, mediante un perito forense cuya reputación ya había sido cuestionada con anterioridad, defendieron la tesis del suicidio para explicar la muerte de Macarena Valdés. Sin embargo, una segunda autopsia realizada por iniciativa de los familiares y allegados de la fallecida descartó el suicidio a partir de las heridas que presentaba el cuerpo de la mujer y concluyó que necesariamente habrían tenido que intervenir

las ontologías y formas de desarrollo propias del pueblo mapuche y el Plan 100 Minihidros propuesto desde el Ministerio de Energía. La proliferación de estos conflictos etnoambientales puede considerarse la evidencia de que el avance de la frontera minihidroeléctrica en el sur de Chile queda lejos de la pretensión de sustentabilidad promovida por la segunda Administración de Bachelet.

A. Planteamiento del problema, objetivos y justificación de la investigación.

En una primera aproximación al objeto de estudio y por sugerencia de la profesora Nancy Yáñez, la propuesta inicial de esta tesis consistía en estudiar la conflictividad de la hidroelectricidad para con el pueblo mapuche en el sur de Chile realizando un estudio empírico de 4 casos: CH Doña Alicia (región de La Araucanía), CH Neltume (región de Los Ríos), CH Mediterráneo y CH Pilmaikén (región de Los Lagos). Es por este motivo que en un primer momento este investigador se desplazó hasta estas regiones para entrevistarse con algunos actores y recabar información al respecto. Sin embargo, de los *inputs* que llegaron a través

terceras personas en la muerte de Macarena Valdés. Cuatro años después, Rubén Collío fallecía también en un accidente de tráfico. Las causas de ambas muertes continúan en la actualidad sin haber sido esclarecidas. Este episodio tiene gran relevancia porque como señala la profesora Myrna Villegas, se trata de la primera vez en que los comuneros sostienen haber recibido amenazas de muerte por parte de una empresa que pretende instalarse en sus territorios y, además, de una empresa internacional que según el profesor Jaccard 2017 son las que están más preocupadas por custodiar su reputación y cierto cumplimiento con los estándares de derechos humanos y de responsabilidad social corporativa. Es más, podría ser también la primera vez en que una empresa se ve directamente implicada en la muerte de opositores a un proyecto extractivo en Chile, respondiendo a un patrón de actuación e inserción en los territorios que obedece al ciclo amenazas-lesiones-homicidios que se asemeja mucho a la forma de proceder de las mineras y otros megaproyectos en Centroamérica y la Amazonia brasilera (Villegas 2017) y que probaría cómo la violencia es un instrumento al servicio de los proyectos de inversión (Rojas-Marchini y Hernando-Arrese 2019).

de estas primeras entrevistas y del seguimiento de los medios de comunicación que daban cobertura a los conflictos etnoambientales en Chile, se visibilizó que el principal problema del pueblo mapuche con el desarrollo de proyectos hidroeléctricos en septiembre de 2017 tenía que ver con la expansión de las minihidros promovida desde el Gobierno central con el Plan 100 Minihidros. Considerando además la dificultad añadida de hacer trabajo de campo en cuatro regiones distintas, finalmente el doctorando decidió darle un pequeño giro al objeto de estudio y concentrarse en el principal problema que acechaba al pueblo mapuche en relación con el desarrollo de la hidroelectricidad en una sola región, La Araucanía, para así hacer el objeto de estudio más manejable para el investigador.

De esta manera, el problema identificado o variable principal² de esta tesis doctoral consiste en la amenaza a los derechos del pueblo mapuche debido al avance de la frontera minihidroeléctrica hacia cuencas y subcuencas más pequeñas de la cordillera y precordillera andina de la región de La Araucanía donde habitan las comunidades y *lof* mapuche y que se produjo a resultas de la firme apuesta por la pequeña hidroelectricidad que tuvo lugar con la llegada a la cartera de energía del ministro Pacheco-Matte y su Plan 100 Minihidros (2014-2018). Como consecuencia de esta Plan, el número de minicentrales hidroeléctricas en Chile prácticamente se duplicó en tan solo cuatro años (2014-2018) dando lugar a lo que se conoce como el enjambre de la Araucanía, esto es, la existencia de múltiples pequeñas centrales proyectadas en una misma cuenca o subcuenca que, además, constituyen

² La Dra. Rosario Martínez, directora del programa Tesis Online, se refiere a la variable principal o problema identificado que amerita una investigación como variable madre, pero en este trabajo adoptaremos la terminología variable principal.

la punta de lanza de otros proyectos extractivistas vinculados a la minería, geotermia, termoelectricidad, salmonicultura, etc., y que ocasionan numerosos conflictos etnoambientales. Lo más habitual en estos conflictos etnoambientales es la imposición del paradigma liberal por sobre el paradigma indígena, lo que conduce a la invisibilización e infravaloración de los saberes y ontologías mapuche y, en última instancia, a la intervención de los ríos, la afectación de lugares de significación cultural y el deterioro de la salud física y espiritual de las comunidades y personas mapuche y de sus formas de vida consuetudinarias.

Debido a los impactos adversos que genera el avance de la pequeña hidroelectricidad, muchas comunidades y *lof* mapuche de La Araucanía han recurrido a estrategias de movilización legal, al discurso de los derechos humanos y a la judicialización de los conflictos como instrumentos para tratar de contener el despojo multidimensional que ocasionan las minihidros y garantizar la protección de sus derechos y de sus ríos y territorios ancestrales. Es decir, la proliferación de conflictos etnoambientales generados por el avance de la pequeña hidroelectricidad³ en la Macro Zona Sur de Chile y en la región de La Araucanía en particular llega de la mano del Plan 100 Minihidros, y múltiples actores, desde pueblos indígenas, grupos ambientalistas, operadores turísticos, Juntas de Vecinos e incluso Municipalidades, recurren a la movilización del Derecho para alzarse contra la ejecución de estas minicentrales en sus territorios, poniendo así de relieve la

³ La proliferación de proyectos hidroeléctricos genera conflictos por el agua, tanto en su dimensión de accesibilidad, disponibilidad, calidad y admisibilidad, como muy especialmente en su dimensión espiritual y religiosa por la afectación de espacios con significación cultural para los pueblos indígenas, configurándose de esta manera unos conflictos de naturaleza también ontológica.

ausencia de instancias de diálogo político que garanticen el respeto de los modelos propios de desarrollo y la protección de los derechos de los pueblos originarios. Es por este motivo que la segunda variable elegida y objetivo principal de esta tesis se propone evaluar los efectos de la movilización legal mapuche frente al avance de las frontera minihidroeléctrica diseñada por el Plan 100 Minihidros en la región de La Araucanía, proporcionando y priorizando un análisis eminentemente cualitativo de la relevancia jurídica del estudio de la muestra de casos, que se complementa en el anexo además con un estudio de corte más cuantitativo que pretende hacer una fotografía o descripción general de la naturaleza, alcance y resultados de dicha movilización.

Pero, además, para comprender el conjunto de obstáculos que de alguna manera debe superar el pueblo mapuche para lograr la eficacia de su movilización legal frente a la llegada de proyectos minihidro, se hace preciso identificar los múltiples factores (o causas) que promueven el avance de la pequeña hidroelectricidad. Estos factores propulsores de la minihidroelectricidad en Chile constituyen la tercera variable elegida para esta tesis, y entre ellos se encuentran: i) el paraguas discursivo del Gobierno (y las empresas del rubro) de que se trata de una fuente de energía limpia, segura y renovable, y una retórica de desarrollo sustentable –con categorías como sostenibilidad, inclusividad, seguridad y eficiencia- que se aprovechan de ii) la escasez de estudios científicos sobre los impactos de las minirepresas y iii) la existencia de marcos regulatorios más laxos para las PCHS bajo la premisa de que “*small is beautiful*” y construyen lo que Bene ha calificado de doble imperativo: el imperativo extractivista (Arsel et al. 2016), edificado sobre un “consenso de las *commodities*” (Svampa 2012) y el imperativo de las renovables,

construido sobre un “consenso de las infraestructuras y tecnologías energéticas” (Bene 2018a; Bene 2018b). En Chile, el andamiaje institucional fundamentado en una constitución y leyes sectoriales profundamente neoliberales promueve el extractivismo por medio de un régimen concesional (Silva 2017) y el libre mercado como distribuidor de bienes y servicios (Bauer 2015a), prioriza garantizar la seguridad jurídica de la propiedad privada y, en definitiva, instaura un régimen de privatización y aprovechamiento industrial de los recursos naturales, que ha generado una mercantilización de uso y aprovechamiento del territorio ancestral de los pueblos indígenas (Castro et al. 2016) y que las debilidades del marco sectorial ambiental e indígena, aprobados posteriormente con nuevos estándares ajenos al paradigma neoliberal, no han podido subvertir para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos indígenas y de sus territorios ancestrales. Por tanto, en Chile, la gobernanza de la hidroelectricidad se fundamenta por una lado en una institucionalidad eléctrica y de propiedad y gestión de los recursos hídricos que fomenta y privilegia la hidroelectricidad (Prieto y Bauer 2012) y, por el otro, en una institucionalidad ambiental e indígena que no garantizan una apropiada evaluación y fiscalización de los proyectos de inversión para proteger el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, entre estas debilidades se puede señalar que los proyectos menores a 3 megavatios (MW) no ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); que la mayoría de minihidros ingresan como Declaración de Impacto Ambiental (DIA), por lo que no se exige consulta indígena; que los pocos proyectos minihidro que ingresan como Estudio de Impacto Ambiental (EIA) lo hacen mediante estudios antropológicos de mala calidad que niegan o minusvaloran la susceptibilidad de afectación a la

cultura mapuche (Muñoz 2017), en lo que para algunos es una práctica deliberada de las empresas y de las consultoras contratadas a sabiendas de que pocas comunidades indígenas disponen de los recursos humanos y económicos necesarios para emprender acciones administrativas o judiciales contra las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) (Leon 2020); y que la revisión de los EIA se realiza por parte del Consejo de Ministros y responde a intereses políticos.

La elección de esta tercera variable (“causas de la proliferación de proyectos minihidro”) se justifica no solo por la necesidad de comprender los desafíos que enfrenta la movilización legal mapuche, sino también por la existencia de pocos trabajos científicos que estudien la interrelación o correlación entre variables como características de las CH, impactos generados por las minihidros y decisiones de las instancias administrativas o judiciales. La necesidad de este tipo de trabajos se ha hecho patente a medida que el *boom* de las minihidros en diferentes regiones del mundo hacía paulatinamente visible las afectaciones ecosistémicas, económicas, sociales y culturales de muchos de estos proyectos y ponía en cuestionamiento la sustentabilidad y supuesta inocuidad de las PCHS, tanto desde una dimensión ambiental como social y cultural. Es por ello que ligado a esta tercera variable se vinculan algunos de los objetivos secundarios de esta tesis, como revelar algunas correlaciones entre los efectos de la movilización legal (especialmente en sentido estrecho referido a las resoluciones judiciales) y variables como las características de las minicentrales hidroeléctricas, las decisiones de los Órganos de Administración del Estado con Competencia Ambiental (OAECA) y la naturaleza y alcance de los impactos ambientales respecto del componente humano indígena.

B. Hipótesis.

Si bien no es una tarea fácil que la movilización del Derecho por parte de los pueblos indígenas pueda erigirse en una herramienta descolonizadora y de empoderamiento comunitario ante el avance de la frontera extractiva de la minihidroelectricidad y la escasez de espacios de diálogo con los actores del gobierno que pretenden imponer modelos de desarrollo que colisionan con las ontologías mapuche, la hipótesis de partida de este trabajo es que es posible para la movilización legal mapuche encontrar resquicios en la institucionalidad chilena por donde avanzar en el reconocimiento de los conocimientos y ontologías mapuche desafiando al monismo jurídico y desarrollar una interpretación más garantista de los derechos de los pueblos indígenas que permita empoderar al movimiento mapuche y/o contener, al menos parcialmente, la oleada (neo)extractivista promovida desde el multiculturalismo neoliberal y el Ministerio de Energía con el Plan 100 Minihidros. La comprobación de esta hipótesis se realizará mediante el estudio de los casos de proyectos minihidro judicializados en la región de La Araucanía y la evaluación, tanto en sentido estrecho como amplio, de los efectos obtenidos por la interposición de recursos de protección o reclamación mapuche en sede jurisdiccional.

C. Metodología.

La tesis tiene un enfoque descriptivo y prominentemente cualitativo, si bien algunos capítulos (primero y tercero) han sido complementados desde un enfoque cuantitativo a efectos de proporcionar datos

estadísticos con respecto a los resultados cosechados en la investigación y ofrecer una imagen panorámica del objeto de estudio.

El primer capítulo, en donde se abordan las causas de la proliferación de proyectos y conflictos (mini)hidroeléctricos (tercera variable de la tesis), se realiza en primer lugar un análisis del discurso de los actores del gobierno que promueven esta fuente de energía y del discurso de los actores ambientalistas y de los territorios que se oponen al imperativo extractivista y de las renovables. En segundo lugar, inspirado por los trabajos de Sarah Kelly-Richards y Maite Hernando-Arrese, se procede a presentar desde la ecología política y la geografía los diferentes modelos de minihidro existentes y sus principales impactos ambientales. En tercer lugar, se presentan desde un enfoque jurídico-político los diferentes marcos institucionales sectoriales (hídrico, eléctrico, ambiental e indígena) que juegan un papel clave en la gobernanza (y expansión) de la minihidroelectricidad en Chile, destacando sus particularidades e interacciones. Y en cuarto lugar, se presenta desde las ciencias políticas los lineamientos y pilares de la Política Energética Nacional 2050 y el diagnóstico, medidas y resultados del Plan 100 Minihidros.

Este enfoque metodológico interdisciplinar del primer capítulo se traduce en diferentes y complementarias aproximaciones a la recogida de datos y su estudio, desde i) la revisión de literatura académica y de informes y publicaciones del sector público y de las organizaciones sociales que trabajan en la protección del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas. Para el análisis de fuentes documentales de las medidas y acciones del gobierno en materia de energía e hidroelectricidad, ha sido de gran utilidad la página del Ministerio de

Energía denominada energiaabierta.cl, así como material confidencial proporcionado por funcionarios públicos; ii) entrevistas semiestructuradas en profundidad con un amplio abanico de actores involucrados en los conflictos ocasionados por la expansión de la frontera minihidroeléctrica en territorios mapuche del sur de Chile, desde actores del Gobierno de Chile, representantes de ONGs, de la academia, líderes mapuche, abogados litigantes en favor del movimiento mapuche, funcionarios del Sistema de Naciones Unidas e integrantes de la judicatura. La mayor parte de estas entrevistas tuvieron lugar durante el trabajo de campo realizado en Chile entre septiembre y diciembre de 2017, periodo en el que el doctorando estuvo asentado en Santiago, Temuco, Valdivia y Panguipulli. Para la dimensión del estudio desde la ecología política, fue de especial ayuda la estancia de seis meses entre agosto 2016 y febrero 2017 en el Instituto de Investigación y Desarrollo en Abastecimiento de Agua, Saneamiento Ambiental y Conservación del Recurso Hídrico (Instituto CINARA), de la Universidad del Valle (Cali, Colombia), desde donde se pudo conocer también los trabajos de la Red Alianza Justicia Hídrica, dirigida por Rutgerd Boelens (Universidad de Amsterdam y Universidad de Wageningen) y el proyecto “Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade – EJOLT”, dirigido por Joan Martínez Alier (Universidad Autónoma de Barcelona).

En lo que concierne al segundo capítulo -marco teórico de la tesis donde se abordan los efectos del uso del derecho y los tribunales como instrumento de los movimientos sociales y de los pueblos indígenas en particular para lograr cambios políticos y sociales- se nutre de un pormenorizado análisis de la literatura y del material e información

recogida en el curso “Effects of Lawfare: Courts and Law as Battlegrounds for Social Change” organizado por el Ch. Michelsen Institute y la Universidad de Bergen en el que este investigador participó entre el 17-25 de agosto de 2017 en Bergen, Noruega. Fue en este curso donde el doctorando conoció a muchos académicos procedentes de diferentes campos, particularmente de la antropología y sociología jurídica, especializados en esta área de estudio y descubrió el enfoque más pertinente que sería aplicado en esta tesis: la evaluación de los efectos de la movilización legal mapuche para hacer frente a la proliferación de proyectos minihidro en sus territorios desde el modelo que proponen Siri Gloppen y Bruce Wilson, que compagina la mirada estrecha centrada en los efectos del litigio, con una mirada amplia de la movilización del Derecho para evaluar los efectos políticos y de empoderamiento de los movimientos sociales. Posteriormente, además, la Universidad de Oxford me solicitó revisar el *paper* académico “Water Rights Struggles in Johannesburg and Detroit Revisited: Looking beyond Courts at the Politics and Power of Rights-Based Legal Mobilization”, escrito por Jackie Dugard, profesora de la Universidad de Witwatersrand y la Universidad de Columbia (a quien ya había conocido previamente en el curso de Bergen). De su trabajo pude extraer algunas de las categorías que permiten complementar el enfoque de Gloppen y Wilson para la dimensión amplia, categorías que Dugard refiere con los anglicismos *power-with*, *power-within*, *power-to* y *power-from*. También han sido de gran ayuda e inspiradoras las aportaciones, sugerencias y conversaciones mantenidas por correo electrónico con la profesora Rachel Sieder del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Ciudad de

Mexico. Parte de los trabajos referenciados en el marco teórico fueron sugeridos por la profesora Sieder.

En el tercer capítulo, donde se aborda desde la sociología y antropología jurídica el estudio de los conflictos hidroeléctricos que se han judicializado en la región de La Araucanía por la interposición de recursos de protección o reclamación mapuche ante instancias jurisdiccionales (segunda variable de la tesis), cabe señalar lo siguiente con respecto a la selección de la muestra de casos de este estudio:

En primer lugar, que gracias a las entrevistas semiestructuradas en profundidad realizadas con la Sra. Paulina Pérez, responsable del Plan 100 Minihidros de la Unidad de Gestión de Proyectos (UGP) del Ministerio de Energía dirigido por Máximo Pacheco-Matte (2014-2018), este doctorando obtuvo el catastro de las PCHS con el que venía trabajando dicha Unidad para ayudar a los proponentes a que pudieran sortear todas las trabas con que venían encontrándose, principalmente referidas a la obtención de los permisos sectoriales y la financiación de los proyectos. En este Catastro se identificaron un total de 47 proyectos hidroeléctricos en la región de La Araucanía, los cuales se encontraban en distintas etapas de su desarrollo –en fase de prefactibilidad (15), en tramitación ambiental (3), aprobados ambientalmente (19), en construcción (4) y en operación (6)⁴.

⁴ De los proyectos en fase de prefactibilidad se desconoce el nombre de los proyectos por cuestiones de confidencialidad entre el Ministerio de Energía y las empresas del sector. Si bien se ha podido descubrir el nombre de 5 de ellos, por compromiso ético con la entrevistada Paulina Pérez no se revelará el nombre de estas centrales. De esta manera, la muestra final con la que va a trabajar este estudio es de 36 proyectos de minicentrales hidroeléctricas.

En segundo lugar, de este universo de proyectos, a este estudio le interesaba encontrar aquellos proyectos que hubieran sido judicializados por recursos o reclamaciones interpuestos por personas mapuche para valorar si el litigio, tanto en la jurisdicción proteccional como ambiental, ha sido un instrumento útil para visibilizar impactos y proteger de manera efectiva los derechos de los recurrentes mapuche, discerniendo asimismo la forma en que la protección de esos derechos ha sido materializada, ya sea mediante medidas de mitigación, reparación y compensación o con la nulidad de las RCA y el bloqueo de los proyectos. De esta manera, siguiendo la sugerencia del profesor de la Universidad de la Frontera (UFRO) Sr. Danko Jaccard, se procedió a definir algunas categorías de análisis para filtrar la selección de la muestra de casos y hacer que la parte empírica de la tesis fuera más abordable para este investigador. Para ello se eligieron las siguientes categorías: tipología de proyectos: minicentrales hidroeléctricas con capacidad instalada inferior a 20 MW; método de resolución de controversias: litigio-judicialización; causa: susceptibilidad de afectación directa a personas, comunidades o *lof* mapuche; espacio geográfico: región de la Araucanía; periodo de tiempo: desde 2014 en adelante, siempre y cuando estuvieran dentro del catastro del Plan 100 Minihidros del Gobierno de Chile.

En tercer lugar, la identificación de los casos judicializados por recursos mapuche y sus respectivas sentencias de entre todos los proyectos recogidos en el catálogo de la UGP se hizo a través de varios mecanismos:

- 1) Búsqueda en la web del Poder Judicial de Chile, a través de varios procedimientos: mediante el Rol de las sentencias en los

casos en donde sea a través de la literatura consultada, entrevistas y contactos personales con académicos como los profesores Faundes, Royo, Pacheco, entre otros, hubiera podido tener conocimiento de los mismos; mediante el nombre o RUT de personas naturales litigantes (abogados o líderes indígenas); mediante el RUT de personas jurídicas (empresas hidroeléctricas concernidas y comunidades indígenas). En cuanto a la identificación de las sentencias en sede ambiental, se realizó un barrido en la web del Tercer y el Segundo Tribunal Ambiental por palabras clave como “indígena”, “mapuche” o “hidroeléctrica” y una búsqueda una por una.

- 2) Búsqueda en la base de datos Vlex y MicroJuris.
- 3) Base de datos jurisprudencial compartida por el profesor Juan Jorge Faundes a través de Dropbox vía correos electrónicos con fecha de 5 de abril de 2019 (base de datos jurisprudencial actualizada hasta el año 2017).
- 4) Búsqueda en trabajos de sistematización de conflictos socioambientales como los desarrollados por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) (“Mapa de conflictos socioambientales”), The Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade (EJOLT) de la Universidad Autónoma de Barcelona (“Atlas de Justicia Ambiental”), la Universidad de los Lagos y la Universidad de Chile (“Conflictos de Energía en Chile: 2005-2014”) y el Núcleo Milenio en Energía y Sociedad (NUMIES) (“Plataforma de Conflictos Energéticos 2000-2016”).
- 5) Búsqueda en medios de comunicación como Mapuexpress, RadioUCHile, y organizaciones ambientalistas como la Red de

Acción por los Derechos Ambientales (RADA), la Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente (AIDA), Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), o mapuche info⁵.

Finalmente, tras la identificación mediante estos canales de los casos judicializados que cumplían con las categorías de análisis de esta investigación, la muestra quedó reducida a 8 proyectos hidroeléctricos⁶: 7 de ellos judicializados vía recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco (CH Llançalil, Añihuerraquí, Doña Alicia, Alto Cautín, Pangui, Tacura) y la Corte de Apelaciones de Santiago (CH El Rincón, Doña Alicia), y 4 de ellos via recursos de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental (CH Hueñivales, Doña Alicia, Llançalil) y Segundo Tribunal Ambiental (CH Doña Alicia). En 5 ocasiones los casos llegaron a la Corte Suprema, bien vía apelación (CH Llançalil, Rincón, Pangui, Añihuerraquí) o casación (CH Doña Alicia).

De manera similar a la metodología empleada en el primer capítulo, la muestra de casos que constituye la parte empírica de la tesis fue analizada desde un estudio de las sentencias y los efectos de las resoluciones judiciales así como a través de una revisión de la literatura y *papers* académicos, de los artículos y noticias que aparecen en los medios de comunicación que hacen un seguimiento más estrecho a los

⁵ Recientemente, sin embargo, con la llegada del presidente Boric la página web del Poder Judicial ha sido modificada y dispone de un buscador jurisprudencial donde las sentencias son mucho más fácilmente accesibles y no se requiere tener conocimiento del ROL para encontrar las resoluciones judiciales como sucedía con anterioridad.

⁶ Finalmente, la muestra del estudio es *de facto* de 7 proyectos hidroeléctricos puesto que la CH Hueñivales si bien ha sido objeto de un recurso de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, todavía el tribunal no ha emitido su resolución del caso, por lo que no se puede todavía valorar los efectos de la movilización legal mapuche en sentido estrecho.

conflictos etnoambientales en el sur de Chile, y de entrevistas semi-estructuradas en profundidad con actores de diferentes agencias del Gobierno de Chile –a destacar la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), el Ministerio de Energía, entre otras-, empresarios del sector hidroeléctrico, académicos, activistas mapuche y ambientalistas, abogados litigantes, funcionarios del Sistema de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y miembros de la Corte de Apelaciones de Temuco y el Tribunal Ambiental de Valdivia. Estas entrevistas tuvieron lugar durante el trabajo de campo realizado en Chile entre septiembre y diciembre de 2017 y posteriormente a través de Skype y Zoom una vez regresado a España. Esta metodología permite i) mostrar cómo opera el Derecho en acción en Chile a partir del estudio de casos de proyectos hidroeléctricos judicializados; ii) comprobar la validez de la hipótesis propuesta por este doctorando; y iii) validar lo que Nancy Yáñez, referenciando a Bobbio, denomina una mirada fenomenológica del Derecho y explica como una mirada del Derecho que indaga sobre su función social y que se traduce en el estudio específico de su eficacia, la cual puede ser observada y abordada también desde otras disciplinas sociales como la antropología, la sociología o las ciencias políticas (Yáñez 2014).

D. Estructura de la tesis.

En el primer capítulo de la tesis, se abordan las categorías o causas sobre las que se sustenta el avance de la frontera de la pequeña hidroelectricidad en Chile (tercera variable de la tesis) y que constituyen de alguna manera los obstáculos que los pueblos indígenas tratan de

superar mediante la movilización del Derecho para así confrontar el despojo multidimensional en sus territorios.

En primer lugar, se abordan los giros discursivos del gobierno para promover el imperativo extractivista y de las energías renovables que supone el desarrollo de la pequeña hidroelectricidad y se ofrecen diferentes argumentos para confrontar estos imperativos, desde las observaciones del movimiento ambientalista y comunitario, que advierten que la capacidad instalada ya está sobredimensionada, que el principal destinatario de este incremento de la energía producida sería la minería del cobre, que no está contribuyendo a la descarbonización de la matriz energética, y que el carácter renovable del agua está cada vez más en entredicho como consecuencia del cambio climático y las actividades antrópicas; a una presentación inspirada por los trabajos de Kelly-Richards y Hernando-Arrese, que describe las diferentes tipologías y modos de operación de las minihidros, y una revisión de la incipiente (pero todavía reducida) literatura existente respecto de los impactos ambientales, socioeconómicos y culturales que genera esta fuente de energía. El propósito de introducir estas tres categorías es desafiar las voces del gobierno y del rubro empresarial que han publicitado masivamente la supuesta inocuidad de las minihidros y resaltar la necesidad de tener presente que: i) muchas veces la escala de estos proyectos no es tan “mini” ya que se proyectan en series hidráulicas y como punta de lanza de otros proyectos extractivistas; ii) que no debería considerarse únicamente la variable capacidad instalada en los marcos normativos y regulatorios; y iii) que se precisa tomar en cuenta las ontologías mapuche en relación con el territorio, el recurso hídrico y los ríos para comprender en todas sus dimensiones la

conflictividad que viene asociada con estos proyectos hidroeléctricos como resultado del extractivismo cultural que ocasionan.

En segundo lugar, siguiendo las recomendaciones presentadas en los trabajos de Carl J. Bauer, se realiza una descripción y análisis del andamiaje institucional y sus diferentes marcos sectoriales (hídrico, eléctrico, medioambiental e indígena) debido a que juegan un rol preponderante en la gobernanza de los conflictos motivados por la expansión de la hidroelectricidad en Chile. No obstante, las interacciones de estos diferentes marcos sectoriales muestran cómo en la mayoría de las ocasiones los marcos sectoriales hídrico y eléctrico han logrado imponer la privatización y aprovechamiento industrial del territorio ancestral del pueblo mapuche, y muy especialmente de los usos hidroeléctricos del agua, mientras que los marcos sectoriales ambiental e indígena aprobados con posterioridad se han manifestado frecuentemente ineficaces en lo que concierne a la vigencia material de los derechos indígenas y la protección del medio ambiente.

El Código de Aguas (CA) reconoce el agua como bien nacional de uso público pero la demanialidad del agua queda en letra muerta al ser superpuesta por el derecho de propiedad de los particulares sobre las concesiones de agua, siendo esta *propietarización* de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) causa de conflictos y exclusión. El CA separa también el dominio del agua de la propiedad de la tierra, discrimina los usos no productivos y no extractivos del agua respecto a la posibilidad de ser objeto de DAA y establece preferencias institucionales por la hidroelectricidad en la constitución de DAA y la reasignación de DAA en el mercado de aguas –que se han visto reforzadas con la reforma al CA con la patente por no uso- y que

conduce a la proliferación de conflictos por el agua como consecuencia de la sobreexplotación de los recursos hídricos sin cautelar las inequidades en el acceso al vital elemento.

El marco sectorial eléctrico, inspirado también por los principios neoliberales y de libre mercado, ha sido objeto de múltiples reformas para fomentar las Energías Renovables No Convencionales (ERNC) y las minihidros e introducir nuevos actores en un sector eléctrico hasta entonces altamente concentrado. Así, la Ley Corta establece para las minihidros exenciones y reducciones por el uso de líneas de transmisión troncal y de líneas de distribución y fomenta el poder de negociación y la rentabilidad de estos proyectos; la Ley Corta II faculta a las generadoras a definir de manera autónoma los precios de sus ofertas de suministro eléctrico y reserva un 5% de la demanda licitada por las distribuidoras para clientes regulados a las ERNC; la Ley Corta III fija el horizonte para el 2024 de que el 10% de la generación eléctrica sea satisfecha en base a ERNC y obliga a las grandes generadoras a comprar energía a centrales en base a ERNC; y la Ley N° 20.698 fija para el 2025 la meta del 20% de la matriz eléctrica en base a ERNC. Con el objetivo de alcanzar estas metas de generación en base a ERNC se han adoptado medidas legislativas y administrativas que otorgan una serie de ventajas a las minihidros en lo relativo a las concesiones eléctricas, los incentivos de mercado introducidos con la reforma de la licitación de suministro de energía y el apoyo financiero y fiscal a través de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) para impulsar la inversión privada en ERNC que se concentraron en su gran mayoría en minicentrales hidroeléctricas.

En lo que concierne al marco sectorial ambiental, se constata una elevada tasa de aprobación de los proyectos minihidro que ingresan a evaluación ambiental y son calificados por la Comisión de Evaluación Ambiental (COEVA). Ello se relaciona estrechamente con la lógica de mitigación y compensación de los impactos y refinamiento de los proyectos con que opera el SEIA, donde los servidores públicos además imponen el conocimiento occidental desde una mirada fragmentada de los impactos y presentan dificultades para comprender en todas sus dimensiones la naturaleza y magnitud de los impactos culturales y espirituales.

En este apartado se describen los obstáculos identificados en cada una de las fases de la evaluación ambiental de los proyectos minihidro: en la etapa previa al ingreso al SEIA, se destaca cómo en el SEIA se considera la capacidad instalada de las centrales como el criterio para dirimir si los proyectos deben ingresar o no al SEIA, asumiendo por tanto que “*small is beautiful*” y posibilitando que la mayoría de los proyectos minihidro con capacidad instalada igual o inferior a 3 MW no ingresen al SEIA al no concurrir las circunstancias de las letras a), b) y p) del artículo (art.) 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA). De esta manera, estos proyectos quedan eximidos no solo de la obligación de realizar la consulta indígena recogida en el Decreto Supremo (D.S.) 40 al considerarse que solo procede la consulta una vez iniciada la evaluación ambiental que conduce a una RCA, sino también del régimen de consulta general establecido en el D.S. 66 por una interpretación estrecha y formalista del derecho administrativo interno que sostiene que solo procede la consulta en los actos administrativos discrecionales

y que se superpone a los estándares del Convenio 169 de la OIT. Además, la gran mayoría de proyectos minihidro ingresan al SEIA mediante una DIA y se constatan por parte de los proponentes prácticas como la fragmentación de los proyectos, la subestimación de los impactos y la definición de antecedentes incompletos y con omisiones respecto del área de influencia del proyecto. Estas prácticas son en parte posibles debido a i) la ausencia de consulta previa con las comunidades indígenas para la identificación de los impactos, de manera que cuando la consulta tiene lugar la ubicación y el diseño de las centrales ya han sido definidos previamente y solo se abordan en la consulta la identificación de los impactos y la definición de las medidas de mitigación, compensación y reparación; y ii) la cooptación de las consultoras por parte de los proponentes.

En lo que concierne a la segunda etapa de evaluación ambiental de los proyectos, se destaca cómo la participación indígena que se contempla a través de la celebración de reuniones previas (art. 86 del RSEIA), procesos de consulta indígena (art. 85 del RSEIA) y procesos de participación ciudadana, no ha contribuido de manera significativa a la resolución de los conflictos y menos todavía para lograr el rechazo de los proyectos por parte de la COEVA. Las reuniones previas con comunidades indígenas para revisar el instrumento de ingreso han sido escasas y si bien en ocasiones han servido para poner término anticipado a la evaluación del proyecto, no han contribuido significativamente a visibilizar la necesidad de realizar consultas previas con los Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas (GHPPI) afectados. Los procesos de consulta indígena han sido asimismo muy reducidos como resultado de la homologación de la susceptibilidad de afectación directa

con la significancia de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) que aplican el SEA y los tribunales. Los estándares para la procedencia de la consulta indígena –significancia y exclusividad de la afectación– han sido uno de los aspectos más controvertidos de la evaluación ambiental de los proyectos dentro de la doctrina chilena y es por ello que se presentan los argumentos a favor y en contra de sus defensores y detractores, así como la oscilante jurisprudencia sostenida por los tribunales en esta materia. Por último, los procesos de participación ciudadana no contemplan plazos ni mecanismos de diálogo culturalmente adecuados. De esta manera, se destacan las barreras que erosionan la legitimidad de los procesos de participación indígena en la evaluación ambiental de los proyectos en lo que concierne a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, como la demora en el inicio de los procesos participativos; la escasez de recursos del SEA; el elevado número de ADENDAS que se requieren como consecuencia de la falta de información, transparencia y capacidad de los proponentes; la evaluación fragmentada de los impactos y el uso uniforme de variables objetivas y cuantificables, que contribuyen a desplazar el conocimiento indígena de la evaluación ambiental de los proyectos; y la inexistencia de mecanismos que garanticen el derecho de los pueblos indígenas a la participación en los beneficios de los proyectos. Todas estas variables terminan por configurar la evaluación ambiental como un proceso contencioso de naturaleza técnica y política.

Respecto a la tercera etapa de la evaluación ambiental se destaca que la calificación ambiental de los proyectos responde muchas veces más a los intereses del ente político calificador (COEVA) que a las

consideraciones técnicas aportadas por los OAECA y el Informe Consolidado de Evaluación (ICE) del SEA. Además, los derechos indígenas pueden verse socavados como consecuencia de las lagunas y los bajos estándares del art. 85 del D.S. 40 en lo que concierne a la comprensión del consentimiento previo, libre e informado y a la posibilidad de oponerse a las medidas de mitigación, reparación y compensación.

Una vez vistos los entresijos de la institucionalidad chilena en lo que corresponde a la gobernanza de los proyectos hidroeléctricos, el primer capítulo pasa a describir la Política Energética 2050 y el Plan 100 Minihidros impulsados durante el segundo mandato de la Administración Bachelet que contribuyeron al auge de los conflictos etnoambientales ocasionados por la proliferación de proyectos de pequeña hidroelectricidad en el sur de Chile y la región de La Araucanía.

En lo que corresponde a la Política Energética 2050, se describen sus lineamientos generales y los concernientes a la hidroelectricidad, destacando que se fundamentan en 4 pilares básicos como son la seguridad, eficiencia, sostenibilidad y equidad de la matriz energética. Estas cuatro dimensiones de la política energética constituyen la premisa para defender el imperativo de las renovables e impulsar un gran desarrollo de la “hidroelectricidad sustentable” en Chile. Asimismo, se presenta como la Política Energética 2050 aborda la cuestión indígena desde un triple enfoque –entendiendo a los pueblos indígenas como contrapartes, promotores o usuarios de proyectos de energía- con miras a satisfacer especialmente el pilar de la inclusividad. A pesar de que se implementó un proceso consultivo con el fin de captar las necesidades y demandas de las comunidades indígenas y consensuar luego acciones

concretas en materia de energía, se señalan algunas de las falencias que tuvo este proceso, como el alcance limitado de los actores indígenas consultados o que el proceso terminara un año y medio después de que fuera aprobada esta política.

A continuación se desarrolla el Plan 100 Minihidros, único programa concreto de política pública concebido para materializar el lineamiento de desarrollo de la “hidroelectricidad sustentable” contemplado en la Política Energética 2050. En primer lugar se explica el diagnóstico que se realizó desde el Ministerio de Energía y que se plasmó en un catastro de los proyectos minihidro y del estado en el que se encontraban y en la identificación de las barreras que obstaculizaban el desarrollo del sector minihidro. En segundo lugar, se presentan las medidas y acciones que se impulsaron desde el Ministerio de Energía para fomentar la ejecución del Plan 100 Minihidros, desde la creación de la UGP y la División de Participación y Diálogo Social (DPDS), a propuestas de cambios regulatorios para flexibilizar los requisitos requeridos para ingresar al SEIA, el fortalecimiento de la cooperación intersectorial para agilizar la tramitación de los permisos requeridos por los proyectos minihidro, la prestación de apoyo técnico y financiero a proyectos minihidro y la mejora de la conectividad de los proyectos minihidro con la aprobación de la nueva Ley de Transmisión. Y por último, se muestran los resultados cosechados con este paquete de medidas y que se tradujo en un acelerado crecimiento de las minicentrales hidroeléctricas en Chile en un breve lapso de tiempo (2014-2018)⁷, y que ha venido de la mano de un crecimiento de los

⁷ Si bien de manera más reducida, han continuado presentándose más conflictos entre el pueblo mapuche y la minihidroelectricidad en la región de La Araucanía con posterioridad al 2018.

conflictos etnoambientales, de una mayor amenaza para los derechos y autonomía del pueblo mapuche en la macrozona sur de Chile y de una intensificación de la movilización legal mapuche para confrontar el imperativo extractivista y de las renovables materializado con el Plan 100 Minihidros. Estos resultados ponen de manifiesto los déficits que presentó la Política Energética 2050 en lo que corresponde al pilar de la inclusividad y sostenibilidad ambiental de su propuesta de desarrollo energético, ya que finalmente termina por constituir la imposición de un modelo de desarrollo que colisiona con las prioridades de desarrollo existentes en los territorios, que no se consulta, que no contribuye a llevar la energía a las comunidades mapuche⁸ y que, en definitiva, materializa un colonialismo ontológico y de saberes que despierta un imperativo ético y cultural en las comunidades mapuche afectadas para resistir por medio del uso de los derechos humanos el despojo hídrico, la fragmentación territorial y el extractivismo ontológico del Plan 100 Minihidros.

Es por esta razón que en el segundo capítulo, que constituye el marco teórico de la tesis, se presenta un estudio de la literatura existente sobre la juridificación de la política indígena y los efectos del uso del Derecho y los tribunales de justicia por parte de grupos subalternos o discriminados (movilización legal desde abajo) en lo que concierne al propósito de lograr cambios sociales o en las políticas públicas. En primer lugar, se realiza una revisión de las diferentes aproximaciones a la definición y tipologías de movilización legal (o *lawfare*) identificadas

⁸ Ministerio de Energía. 2020. Solicitud de información AU002T0002114, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 14 de mayo de 2020, por la que se informa que no se ha construido ninguna minihidro en el marco del programa de energización de comunidades indígenas.

en la literatura. Luego se presentan las posiciones encontradas en la literatura respecto a la legitimidad democrática y los efectos de la movilización legal: desde aquellos autores que consideran que el protagonismo del Derecho en la resolución de los conflictos constituye en realidad una herramienta para limitar las demandas políticas de grupos vulnerables y excluir otras formas de movilización más militante, por lo que se convertiría de hecho en un instrumento de dominio útil para el (neo)colonialismo e ineficaz para los colectivos que pretenden transformar la sociedad; a otros que, en cambio, entienden que el uso del Derecho tiene un potencial de empoderamiento contrahegemónico y descolonizador para los pueblos indígenas, distinguiéndose dentro de este grupo diferentes grados de reconocimiento del potencial emancipador que encarna el uso del Derecho y los tribunales de justicia. Asimismo, se describen las diferentes dimensiones que proponen Gloppen, Wilson y Dugard para analizar las estrategias de movilización legal desde abajo y que serán las que se tomarán en cuenta para realizar el estudio de casos, dando prioridad a la dimensión estrecha de la movilización legal, que se concentra en lo que específicamente tiene lugar y emana de los litigios, pero incorporando también una dimensión más amplia que engloba los acontecimientos y efectos que se producen al margen de lo que ocurre en las salas de los tribunales de justicia, desde cambios en la consciencia colectiva de un movimiento indígena (*power-within*), cambios en las coaliciones y grupos de apoyo a una determinada causa (*power-with*), mayor o menor capacidad de traducir sus reclamos en diferentes tipos de acción colectiva (*power-to*) y mayor o menor capacidad de avanzar hacia un cambio social y político, transformando el *status quo* y las relaciones de poder vigentes y, en definitiva, materializar el potencial

emancipatorio que posibilita el uso del Derecho para los grupos vulnerables o sujetos a situaciones de dominación (*power-from*).

Prosigue el capítulo con la presentación de las características propias de la juridificación de la política indígena: si bien ha sido exitosa en lo que concierne a la codificación de estándares más garantistas de los derechos de los pueblos indígenas, la implementación de estos estándares está siendo objeto de una disputa entre el paradigma del multiculturalismo neoliberal y el paradigma del multiculturalismo contrahegemónico y en la mayoría de las ocasiones esta contienda termina con el primero imponiendo un enfoque procedimental de los derechos indígenas que pasa por alto los aspectos sustantivos de la protección de tales derechos. Por consiguiente, se presenta la paradoja de la juridificación de la política indígena, consistente en lo que numerosos autores refieren como la brecha de implementación: la positivación de los derechos indígenas e incluso su reconocimiento judicial no se ha traducido en una efectiva materialización de los derechos. Finalmente, se resalta la particularidad de la juridificación de la política indígena indicada por Sieder y es que esta tiene lugar en contextos de pluralismo jurídico donde los pueblos indígenas no recurren al derecho hegemónico para sustentar sus reclamos y someterse a él, sino que además lo hacen para visibilizar las categorías racializadas y excluyentes con que este derecho hegemónico opera y reclamar un mayor reconocimiento de los principios del derecho propio que es al mismo tiempo movilizado y repensado.

A continuación se introducen las posiciones encontradas respecto de los efectos del uso del derecho y los tribunales por parte de los movimientos sociales a partir del debate que protagonizaron

Rosenberg (enfoque positivista-neorrealista, explicaciones causales) y McCann (enfoque interpretativista-constructivista, explicaciones constitutivas) en el caso *Brown v. Board of Education*. Tras presentar los principios de cada una de estas corrientes, se realiza una valoración y comparación entre los postulados de ambas corrientes teóricas. Si para la corriente positivista-neorrealista, buscar los cambios sociales y políticos mediante la movilización legal centrada en los tribunales es una estrategia ineficaz porque los tribunales son conservadores y las pocas sentencias contrahegemónicas que se han dado no han sido finalmente ejecutadas, desde la corriente interpretativista-constructivista, en cambio, se sostiene una mirada más optimista respecto a los efectos de la judicialización de las demandas sociales ya que no solamente consideran los efectos directos materiales que emanan del juicio sino que defienden también la necesidad de poner en valor los efectos indirectos y simbólicos de los procesos de movilización legal desde abajo.

Presentado uno de los debates más relevantes en torno a los efectos de la movilización legal de los movimientos sociales, se pone el foco en las diferentes posiciones que emergen en la literatura específicamente relativa a los efectos de la juridificación de la política indígena y se presentan los diferentes enfoques identificados en la literatura. Por un lado, aquellos autores que entienden que el uso del Derecho y los tribunales se erige en un instrumento de dominación que promueve el neocolonialismo y el extractivismo en beneficio del multiculturalismo neoliberal ya que obliga a los pueblos indígenas a limitar sus demandas políticas y excluir otras formas de acción colectiva más militante, constituyendo en realidad mecanismos y espacios

utópicos por donde buscar el cambio social, materializar las reivindicaciones que persiguen los pueblos indígenas, modificar la distribución de fuerzas entre los actores involucrados en un conflicto y proteger efectivamente los derechos indígenas. Se destaca cómo desde esta mirada se entiende que con el protagonismo del Derecho y de unos tribunales donde predomina una hermenéutica afín al multiculturalismo neoliberal se ha vaciado el contenido material de los derechos fundamentales (DF) indígenas y se ha negado a ciertos grupos humanos la categoría de indígenas, lo que ha tenido como resultado la despolitización de los reclamos indígenas y la pérdida de legitimidad y eficacia de los derechos indígenas reconocidos a nivel nacional e internacional.

Por otro lado, se presenta la opinión de aquellos autores que en diferentes grados y aun siendo conscientes de los límites u obstáculos que encuentran las estrategias de juridificación de la política indígena, ponen el foco en el potencial emancipatorio y contrahegemónico que encierra el uso del Derecho y los tribunales de justicia para los pueblos indígenas. Destacan que los efectos de la juridificación de los reclamos políticos y sociales indígenas van más allá de lo simbólico, desde la revitalización de la identidad cultural, la defensa de la dimensión material de los derechos, cierta contención del avance de la frontera extractiva, la revitalización del derecho propio para confrontar el despojo territorial, la promoción de un mayor reconocimiento del pluralismo jurídico y el logro de sentencias pioneras y precedentes jurisprudenciales que permiten avanzar en el reconocimiento y la protección de los derechos, las ontologías y el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas. Además, incorporan la

consideración del concepto *winning by losing*, es decir, aun cuando un caso no se gana en los tribunales, el movimiento indígena puede salir fortalecido tanto desde una dimensión estrecha como amplia de los efectos del proceso de juridificación.

Analizados los diferentes enfoques en la literatura respecto de los efectos de la juridificación de la política indígena, el capítulo prosigue con una presentación de los efectos de la juridificación de la política indígena y en particular del litigio estratégico indígena en tres países de Latinoamérica –Colombia, Perú, Guatemala- además de Chile. La selección de esta muestra obedece a que los dos primeros países tienen un desarrollo del Estado de Derecho y una política económica extractivista homologable a Chile, además de presentar los potenciales de desarrollo hidroeléctrico más elevados de la región junto a Chile; el caso de Guatemala se ha incorporado por ser uno de los países de Latinoamérica con mayor conflictividad ocasionada por el avance de la frontera hidroeléctrica.

En el caso colombiano se presenta cómo en los últimos tiempos se viene promoviendo el activismo judicial dialógico fundamentado en los principios de flexibilidad y progresividad para responder a las violaciones estructurales que padecen los pueblos indígenas y superar la ineficacia de las sentencias que respondían a un paradigma de activismo judicial monológico merced a los efectos desbloqueadores, coordinadores, reestructuradores y participativos destacados por Rodríguez-Garavito. Para entender las ventajas que promueven los defensores de este nuevo enfoque se presenta el caso del río Atrato que, no obstante, también ha sido objeto de una mirada crítica donde se enfatizan las falencias de la resolución judicial y se advierte que el

reconocimiento del río Atrato como sujeto de derechos y la creación de la figura de los guardianes de la naturaleza no van a detener el avance de la frontera extractiva. A continuación se presentan los casos que se han judicializado en sede de la Corte Constitucional de Colombia como consecuencia del desarrollo de proyectos hidroeléctricos que amenazan derechos indígenas: el caso de la minicentral hidroeléctrica Hidrosupía, relevante porque demuestra cómo incluso una de las cortes más garantistas de la región asume la inocuidad y la escala pequeña de las minihidros, interpretación que revierte en una carga de la prueba de las afectaciones más pesada para el pueblo Embera Chamí; y el caso de la represa El Cercado, exponente de cómo la movilización legal Wayuu ha sido en gran medida exitosa en lo que concierne a la respuesta a sus recursos por parte de los órganos judiciales y cuasijudiciales, pero infructuosa en lo que corresponde al cumplimiento del gobierno con las medidas cautelares dictaminadas por los jueces, inclusive en escenarios donde la Corte Constitucional ha llegado a declarar el estado de cosas inconstitucional estableciendo unos objetivos constitucionales mínimos que deben ser satisfechos y ha ordenado un proceso participativo para monitorear el cumplimiento de la sentencia.

En el caso peruano, se toman como referencia los resultados cosechados por varias organizaciones que desarrollan acciones de litigio estratégico en favor de los derechos de los pueblos indígenas. En primer lugar se presentan algunas acciones presentadas por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible (IDLADS), como la acción popular en el caso de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) contra la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, que marca un

hito en el ejercicio del derecho a la consulta previa en contextos de proyectos de infraestructura al resolver la nulidad de varias disposiciones normativas y fijar los estándares con los que debe operar la consulta y el consentimiento previo, libre e informado; y dos acciones relativas al desarrollo hidroeléctrico, como la acción de agravio constitucional contra la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, con la que se logra que el Tribunal Constitucional reconozca que la lista de procedimientos administrativos objeto de consulta previa en materia de electricidad no se limitan a los enumerados en dicha resolución; y la acción de *habeas data* para acceder al EIA de la central hidroeléctrica (CH) Inambari, con la que se logra satisfacer la accesibilidad de la ciudadanía a los EIA de los proyectos hidroeléctricos. En segundo lugar, se presentan algunas acciones lideradas por el Instituto de Defensa Legal del Perú, como el caso del Lote Petrolero 116, que marca un precedente importante al negar la validez jurídica de los actos administrativos inconsultos anteriores a la aprobación de la Ley de consulta previa; el caso de la concesión minera en el distrito de Atuncolla, que es declarada nula por la corte por falta de consulta; y el caso del proyecto de la Hidrovía Amazónica, primer caso en donde un pueblo indígena consigue ganar al gobierno central la exigibilidad de la consulta previa. No obstante, a pesar de estas acciones fructíferas para los intereses de los pueblos indígenas, se presentan asimismo las barreras de forma y fondo con que se encuentran los representantes del Instituto de Defensa Legal para el éxito del litigio constitucional estratégico en favor de los pueblos indígenas. Y en tercer lugar se presentan algunas acciones presentadas por el Instituto Internacional Derecho y Sociedad (IIDS), como el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, primera sentencia que reconoce la propiedad territorial y autonomía de los pueblos indígenas a

partir del reconocimiento de su derecho a la autodeterminación, pero cuya falta de ejecución y de continuidad en la jurisprudencia ha avivado entre los pueblos indígenas el cuestionamiento sobre la utilidad del litigio estratégico como instrumento para lograr cambios sociales y políticos efectivos; y el caso del pueblo achuar del Pastaza, donde el Tribunal Constitucional resuelve que los derechos indígenas reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos no necesariamente tienen rango constitucional, doctrina que ha tenido continuidad en otros casos y que lleva al IIDS a sostener una mirada muy crítica para con el giro conservador y regresivo del Tribunal Constitucional del Perú.

En el caso de Guatemala, tomando como referencia los trabajos del Proyecto Rivers dirigido por Lieselotte Viaene, se parte destacando la singularidad de la juridificación de la política indígena, como el liderazgo de los abogados indígenas y la diversidad de jurisdicciones y medios de prueba empleados, y presentando una valoración de los efectos de la juridificación de la política indígena, que si bien ha cosechado algunos logros en materia de reconocimiento de la personalidad jurídica y de derechos territoriales, en general, no ha servido para detener el avance del extractivismo ya que los tribunales básicamente han acogido los reclamos asociados a la violación del derecho a la consulta previa. Hecha esta presentación del caso guatemalteco, se prosigue con la presentación de los casos más relevantes accionados por la Asociación de Abogados y Notarios Mayas - Nim Ajpu y el Bufete para Pueblos Indígenas. Los primeros obtuvieron algunas victorias significativas, como el caso del proyecto hidroeléctrico Hidro Salá, donde se suspende la licencia administrativa por falta de

consulta y aplicando la doctrina del bloque de constitucionalidad concluye que también se han vulnerado otros derechos interdependientes como el derecho a la vida, a la identidad cultural propia, al medio ambiente y al equilibrio ecológico, a la defensa y al debido proceso; o el caso de la empresa minera “Cantera Los Manantiales”, donde la Corte Suprema suspende la actividad minera por falta de consulta y exige a la empresa que respete los derechos de las futuras generaciones. Los segundos también han obtenido algunos éxitos significativos, como el caso del régimen jurídico de las aguas, donde logran que la Corte de Constitucionalidad emita una exhortativa al Congreso para que tramite y promulgue una ley de aguas que respete la relación material y espiritual de los pueblos indígenas con el agua y sus cosmovisiones (sentencia que sin embargo todavía no ha sido ejecutada). A continuación se presentan algunos de los casos judicializados más relevantes como resultado de la expansión hidroeléctrica en el país. En el caso de las centrales Oxec I y Oxec II, la Corte de Constitucionalidad emite una sentencia estructural para proteger el DF de los pueblos indígenas a la consulta previa. Esta sentencia estructural define los estándares que deberán ser acatados por todas las autoridades públicas en tanto el Congreso no proceda a la reglamentación de este derecho, establece las acciones, procedimientos y etapas que las diferentes partes en el caso deberán implementar para satisfacer el derecho a la consulta previa y ordena al Legislador la aprobación de una ley de consulta previa en el plazo de un año. Sin embargo, ha sido un precedente jurisprudencial con múltiples efectos perversos para la garantía de los derechos indígenas ya que no mandata la suspensión de la actividad hidroeléctrica y construye una consulta *postfacto* a efectos de definir exclusivamente las medidas de mitigación

o reparación de la población indígena afectada. En el caso de la CH San Luis, la Corte de Constitucionalidad niega el carácter vinculante a la consulta regulada en el Código Municipal y defiende que la aprobación del EIA es una etapa previa al proceso de consulta indígena ya que el contenido del EIA es lo que nutre y se valora en un proceso de consulta indígena. Este mismo argumento fue reiterado en el caso de la CH Pojom II.

Para presentar el caso chileno, se parte en primer lugar describiendo las diferentes acciones y jurisdicciones que pueden utilizar los pueblos indígenas para impugnar una RCA, esto es, el recurso de protección en la jurisdicción constitucional y el recurso de reclamación en la jurisdicción ambiental y se realiza una comparativa entre ambos recursos para exponer los motivos por los cuales el recurso de protección continua teniendo un uso preferente por parte de los recurrentes mapuche. En segundo lugar, se expone como el litigio mapuche ha puesto sobre la mesa el desafío que supone el ejercicio de la justicia intercultural, se manifiestan las barreras que se encuentran para su materialización y se identifican las diferentes estrategias propuestas en la literatura para avanzar en el camino de la garantía efectiva de los derechos indígenas y la justicia intercultural. Estas estrategias van desde aquellos que abogan por sentencias estructurales, a quienes propugnan la necesidad de reformas en el ordenamiento interno de rango constitucional. En tercer lugar, respecto de los efectos del litigio indígena en Chile, se describe la recepción de los recursos de protección indígenas en la jurisdicción constitucional y de los recursos de reclamación en la jurisdicción ambiental tanto desde una dimensión cuantitativa como cualitativa. Para los recursos de protección en la

jurisdicción constitucional se destaca que la gran mayoría han sido rechazados por cuestiones formales, que el derecho más invocado ha sido la violación de la consulta previa, libre e informada, que la jurisprudencia constitucional se ha mostrado errática y oscilante a lo largo de diferentes etapas con respecto a los criterios que rigen la acogida de los reclamos de vulneración de la consulta previa, y se identifican algunos avances jurisprudenciales en lo que concierne a la protección de: i) el derecho a la consulta previa –como el reconocimiento de la función epistémica de la consulta y la concurrencia de la susceptibilidad de afectación directa que gatilla la consulta previa con la mera potencialidad de la afectación-; ii) el derecho de propiedad –ocasionalmente se logra superar el enfoque civilista de la Ley Indígena y los tribunales adoptan una concepción de la territorialidad indígena próxima a los estándares que establecen el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH); y iii) el derecho a la identidad cultural y a la libertad de culto. Para los recursos de reclamación en la jurisdicción ambiental, desde una valoración cuantitativa se destaca que han sido pocos los recursos mapuche interpuestos ante los Tribunales Ambientales, cuantificándose además los derechos invocados (de nuevo, el derecho a la consulta previa adquiere un rol preponderante), las vías recursivas contempladas por la Ley que crea los Tribunales Ambientales (Ley N° 20.600) (LTA) que son empleadas y el número de recursos rechazados (la mayoría); mientras que desde un enfoque cualitativo, se plantea la posibilidad de que recientemente se haya abierto la posibilidad de iniciar una nueva etapa en la jurisdicción ambiental que permita superar la consolidada homologación de la susceptibilidad de afectación directa con la significancia de los impactos del art. 11 de la LBGMA para determinar

la procedencia de la consulta y se valoran los efectos que han cosechado los reclamantes indígenas. En este sentido, se destaca que la mayoría de reclamaciones han sido rechazadas por razones formales y que los Tribunales Ambientales básicamente han entrado al fondo de las reclamaciones para valorar la susceptibilidad de afectación directa y la procedencia de la consulta. En esta materia se observan diferentes aproximaciones entre el Segundo y el Tercer Tribunal Ambiental, recalando no obstante que han sido prácticamente omnipresentes los requisitos de significancia y certeza de la afectación para admitir la procedencia de la consulta y una comprensión de la consulta como obligación de medio y no de resultado en contravención de los estándares fijados por el Convenio 169 de la OIT. A pesar de ello, se presentan algunos casos relevantes donde la Corte Suprema ha resuelto la nulidad de una RCA en base a las falencias de las líneas de base y la aplicación del principio precautorio y se identifican los limitados avances que ha supuesto la jurisdicción ambiental para la protección de los derechos indígenas, que guardan básicamente relación con una mayor exigencia de la confiabilidad de los informes y antecedentes presentados por los proponentes y los OAECA, la necesidad de realizar reuniones previas con GHPPI conforme al art. 86 para valorar la verosimilitud de las DIA, el no permitir el fraccionamiento de los proyectos y la posibilidad de superar la homologaciones entre susceptibilidad de afectación directa y significancia de los impactos ambientales para gatillar la consulta previa en condiciones de potencialidad e incerteza de la afectación (Primer Tribunal Ambiental). Señalados los avances en la jurisdicción ambiental, se presentan las principales barreras con que se han encontrado los reclamantes mapuche para la acogida de sus recursos, especialmente razones de forma

relativas al plazo, la legitimidad activa y la vía recursiva idónea que han dificultado su acceso a la justicia ambiental. Por último, se concluye con unas reflexiones respecto de los avances y desafíos encontrados por los recursos mapuche en sede constitucional y ambiental para lograr una mayor protección de los derechos indígenas en Chile.

En el tercer capítulo se presenta un estudio de los efectos de la movilización legal mapuche frente a la proliferación de proyectos minihidro en la región de La Araucanía y se toma como muestra de estudio todos los casos relativos a PCHS ubicados en la región de la Araucanía que han sido judicializados como consecuencia de la interposición de recursos mapuche, bien sea en sede proteccional o ambiental. Cada caso particular se aborda desde un mismo patrón: se empieza haciendo una exposición de los antecedentes del proyecto hidroeléctrico consistente en una descripción de las características de la minihidro, su tramitación ambiental en el marco del SEIA y los recursos administrativos interpuestos; a continuación, se prosigue con una descripción de la movilización legal mapuche en sentido estrecho, lo que incluye las alegaciones presentadas por los recurrentes o reclamantes mapuche, las alegaciones de la autoridad ambiental y del titular del proyecto, tanto en primera instancia (Corte de Apelaciones o Tribunal Ambiental), como en segunda instancia (Corte Suprema), y las resoluciones de las cortes y tribunales; se prosigue con una evaluación de la relevancia jurídica de cada caso, focalizando especialmente en una dimensión estrecha de la valoración, pero incorporando también una dimensión amplia en el análisis de los efectos de la movilización legal mapuche; y finalmente, se cierra este apartado de evaluación cualitativa con unas reflexiones finales respecto a los efectos de la juridificación de

la política indígena, tanto en lo que concierne a sus logros como a sus desafíos.

En lo que corresponde al análisis cuantitativo de la movilización legal mapuche en la región de La Araucanía para confrontar el Plan 100 Minihidros, consta de tres apartados con los que se pretende responder algunos de los objetivos secundarios de la tesis:

En primer lugar, se describen el número y porcentaje de recursos interpuestos en sede jurisdiccional respecto del total de proyectos minihidro y respecto de los proyectos minihidro con RCA favorable, especificándose los recursos interpuestos en función de las categorías “sede proteccional” o “sede ambiental”, exponiendo el número relativamente significativo de los mismos⁹ y la preferencia mapuche por la jurisdicción constitucional, y cuantificando los derechos invocados por los recurrentes mapuche en sede proteccional y las alegaciones de forma y fondo presentadas por los reclamantes mapuche en sede ambiental (se indican además las CH a que refiere cada uno/a de ellos/as); asimismo, se identifican y cuantifican las razones de forma y fondo presentadas en sede jurisdiccional por la autoridad ambiental y el titular del proyecto para confrontar las alegaciones mapuche, categorizándolas en base a la jurisdicción utilizada e indicando también los conflictos hidroeléctricos donde se presentan dichos argumentos; y

⁹ A pesar de las barreras existentes en el acceso a los tribunales para las comunidades mapuche y que el principal derecho invocado haya sido la consulta previa -cuando la mayoría de proyectos ingresan al SEIA vía DIA y no EIA y por tanto la consulta no tiene lugar para ser realizada-, finalmente un 28% de los proyectos minihidro han sido judicializados. Se trata de un porcentaje considerable y sensiblemente superior al 4% que proclamaba la UGP del Ministerio de Energía para los proyectos que cuentan con autorización ambiental y que llevaban al ministro Pacheco-Matte a sostener que no era cierto que la judicialización de los proyectos estuviera frenando el desarrollo de proyectos de ERNC.

finalmente se cuantifican y presentan los porcentajes de los recursos de protección mapuche que son acogidos y rechazados en sede proteccional, categorizando las razones de forma y fondo empleadas por las cortes para rechazar los recursos de protección, y se presentan el número y porcentaje de recursos de reclamación acogidos y pendientes de resolver por los tribunales ambientales, categorizando los fundamentos para la acogida de las reclamaciones mapuche.

En segundo lugar, se busca identificar las correlaciones existentes entre los efectos de la movilización legal mapuche en sentido estrecho (litigio) y diferentes categorías como pueden ser los pronunciamientos de los OAECA, las características propias de la CH y la dimensión indígena de la afectación de la CH.

En lo que corresponde a la categoría pronunciamientos de los OAECA, se describen y presentan en forma de tabla las correlaciones existentes entre los diferentes pronunciamientos de los OAECA (con observaciones, inconformes o conformes) respecto del instrumento de ingreso al SEIA y de las ADENDAS de la minicentral hidroeléctrica y el resultado final de la evaluación ambiental del proyecto.

En lo que concierne a la categoría “características de la minicentral hidroeléctrica”, se presentan cada una de las variables de una minihidro consideradas relevantes, sus características en los casos de la muestra en estudio, y las correlaciones identificadas en relación a los efectos de la movilización legal mapuche, a efectos de revelar aquellas variables que se muestran más relevantes o irrelevantes y desarrollar el argumento de base presentado por Sarah Kelly-Richards consistente en que la variable capacidad instalada (MW) no explica por sí misma ni siempre es la más significativa a la hora de entender los

impactos ambientales, sociales y culturales que suscita una minihidro. Las variables elegidas para evaluar estas correlaciones han sido las siguientes: tamaño de la CH, presencia de embalse/almacenamiento, tipología de la barrera, caudal ecológico, fragmentación del río y distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas, salto o caída neta, tala de bosque nativo, extensión requerida para el cambio de usos del suelo, monto de la inversión del proyecto, tipología y número de turbinas, existencia y longitud de las líneas de transmisión y superficie total intervenida por el proyecto. Finalmente, se presenta una tabla con la descripción de las CH.

En lo relativo a la dimensión indígena de las CH y sus correlaciones con los efectos de la estrategia de litigio mapuche y la acogida o rechazo de los recursos o reclamaciones, se presentan los resultados observados en base a las siguientes variables: distancia entre las comunidades/*lofs*/población mapuche y el emplazamiento del proyecto, tipología y proximidad de los lugares de significación cultural con respecto al emplazamiento del proyecto, ejercicio de la consulta previa, la forma en que los proponentes de los proyectos se insertan en los territorios y la heterogeneidad u homogeneidad de la oposición mapuche al proyecto.

En el cuarto y último capítulo, se cierra con unas reflexiones y conclusiones finales donde se presentan los principales hallazgos de la tesis, se reflexiona sobre los aspectos que no han podido ser abordados en el presente estudio y se plantean posibles líneas de investigación a trabajar en el futuro.

Con la esperanza de que los ríos fluyan libres en Chile y el
pueblo mapuche pueda ejercer libremente sus sistemas de
vida y creencias ancestrales

“Tenemos la urgente necesidad de diversificar nuestra matriz energética y en esa tarea necesitaremos de todas las fuentes y, de manera muy especial y preferente, de las pequeñas y medianas centrales hidroeléctricas” (Pacheco-Matte, en El Dinamo 2014).

“Necesitamos hidroelectricidad, pero no inundando tierras [...], los países hoy día no andan inundando, si la tierra está muy escasa, la tierra tiene mucho valor y, por tanto, se acumulan muchas tensiones, si hay problemas con los pueblos originarios, una cantidad de problemas, ¡declarémoslo!” (Pacheco-Matte 2018c)¹⁰.

¹⁰ El nombramiento de Pacheco Matte como ministro de energía suscitó muchos recelos en la opinión pública debido a su trayectoria profesional y a sus vínculos familiares y de amistad con las grandes fortunas del país (Pacheco-Matte 2018). Ex director de Luksic, miembro del directorio del Banco de Chile y de Lucchetti, también ocupó distintos cargos en empresas como International Papers, Coppec, Falabella y AFP Provida. Así, el nuevo ministro formaba parte de la reducida élite económica que condiciona fuertemente las políticas públicas y ejerce un importante *lobby* frente a todo proyecto legislativo que ponga en peligro su situación de privilegio herencia en buena medida de la dictadura (Matamala 2016). Aun tomando las estimaciones más conservadoras, esta situación de privilegio se traduce en que la participación de los súper ricos en el ingreso personal total es extraordinariamente alta, llegando a más del 30% para el 1% más rico, al 17% para el 0,1% más rico y a más del 10% para el 0,01% más rico. Este indicador coloca a Chile en el país más desigual en los estudios comparados en lo relativo a la distribución de la riqueza y los ingresos, lo que constituye una clara amenaza para la estabilidad social y política (López, Figueroa y Gutiérrez 2013). Además, la desigualdad no es solo económica sino que es multidimensional (Orrego 2017), i.e. de acceso a la educación, de capacidad de incidir en la toma de decisiones políticas y de garantías efectivas de los derechos, lo que limita la calidad democrática del país (Matamala 2016). ¿Qué intereses defendería el nuevo ministro? ¿A quién rendiría cuentas por sus decisiones? Estos interrogantes y recelos eran recurrentes en el debate público del momento. Consciente de ello, el nuevo ministro introdujo el mantra de la defensa del bien común en todos los programas de su política energética (Pacheco-Matte 2018). Quedaba por ver si esos discursos se materializarían con su obra de gobierno o no.

CAPÍTULO 1. EL BOOM DE LAS PEQUEÑAS CENTRALES HIDROELÉCTRICAS.

1. Antecedentes.

Las palabras de Pacheco Matte dan cuenta de la dificultad de ejecutar proyectos de gran hidroelectricidad en territorios indígenas por la gran conflictividad y oposición que generan. Si la comunidad internacional fue plenamente consciente de los graves impactos ecosistémicos, sociales, económicos y culturales ocasionados por muchos megaproyectos hidroeléctricos gracias al trabajo de la Comisión Mundial de Represas (WCD 2001), en Chile fueron los proyectos Pangué y, especialmente, Ralco en el Alto Bio Bio, los que marcaron un hito en el desarrollo de la hidroelectricidad (Pérez 2020). La resistencia indígena liderada por Nicolasa Quintremán, junto a la oposición de intelectuales indigenistas, grupos ambientalistas y a la propia CONADI, lograron poner al descubierto cómo en nombre de la modernidad, el desarrollo económico y la superación de la pobreza se vulneraban irreversiblemente los derechos de las comunidades pehuenche y se alteraba significativamente la ecología de una de las cuencas más importantes de Chile (Morales-Urrá 1998; Namuncura 1999)¹¹. El proyecto Ralco supuso el desplazamiento de 500 personas pehuenche de sus territorios ancestrales y la inundación de tierras y lugares sagrados, incluido el cementerio comunitario, los cuales eran legalmente

¹¹ Funcionarios de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), en cambio, reconocen que con la represa Ralco se produjeron serios impactos ecosistémicos, en el microclima y en la población de peces, pero defienden que con el reasentamiento las familias pehuenches pasan a disponer de mejores condiciones vida y además la cultura mapuche se fortalece y sobrevive mejor en los nuevos fundos donde se celebra el *nguillatun* que en sus tierras originarias (Díaz 2009).

inajenables e inembargables en conformidad con la Ley Indígena. Este resultado se obtuvo además por medio de múltiples irregularidades durante las diferentes etapas del proyecto, ausencia de consulta con las comunidades afectadas, permutas de tierras generalmente desfavorables a los pehuenches y medidas de compensación no proporcionales a las pérdidas ocasionadas (Stavenhagen 2003). A pesar de que la oposición a los proyectos hidroeléctricos no logró detener la construcción y puesta en operación de las centrales Pangué y Ralco, sí lograron impedir que se materializaran cuatro proyectos más de la serie hidráulica que ENDESA había diseñado para el Alto Bio Bio. Y, quizás más importante, lograron que los megaproyectos hidroeléctricos quedaran asociados a una profunda mala reputación en el imaginario colectivo chileno (Orrego 2017). Desde Ralco, tanto la clase política como la industria fueron plenamente conscientes de los conflictos y los impactos que conlleva la construcción de grandes centrales de embalse en territorios con presencia de comunidades indígenas (Díaz 2009)¹². Para los pueblos indígenas, sin embargo, el legado de Ralco

¹² Desde la puesta en operación de Ralco en 2004, no se han vuelto a construir megaproyectos hidroeléctricos de embalse en Chile pero sí que se ha implementado una megacentral de pasada que cuenta con un embalse de regulación de 1,6 kms de largo y que inunda 641 hectáreas (ha) en territorio pehuenche del Alto Bio Bio, la CH Angostura (2014) (Ecosistemas 2018). A pesar de no considerarse una central de embalse porque no puede acumular el agua que quiera sino que debe limitarse a un metro de cota (Schaeffer 2017), desafortunadamente, esta CH repitió la historia de Ralco diez años más tarde: se volvieron a relocalizar a familias pehuenche anteriormente desplazadas con la construcción de la central Pangué, se inundó un espacio ceremonial y se reafirmó una visión del territorio del Alto Bio Bio como zona de sacrificio para beneficio del extractivismo hidroeléctrico (Orrego 2012). Sin embargo, representantes de la empresa Colbún continúan sosteniendo que la central no se encuentra propiamente en el Alto Bio Bio y que no generaba afectación a los derechos indígenas (Schaeffer 2017).

todavía persiste hoy día reflejado en la falta de confianza de algunas comunidades a la hora de confrontar y detener los proyectos hidroeléctricos (Weke 2017b).

Si bien la sequía de finales de los años 90 llevó al racionamiento eléctrico y puso sobre la mesa la necesidad de diversificar la matriz energética para no depender en exceso de la generación hidroeléctrica (Gladina 2016), la crisis del gas argentino (2004-2005) hizo que tanto sectores del gobierno como del rubro energético pusieran de nuevo el foco en el recurso hídrico para intentar explotar el potencial hidroeléctrico de Chile (Bauer 2015b). Se abre así un período (2007-2014) en el que empieza a crecer la construcción de PCHS (ERNC), aunque se siguen promoviendo preferentemente los megaproyectos (Baquedano 2018) para inyectar la máxima cantidad de energía posible al Sistema Interconectado Central (SIC). Las narrativas que sostenían los gobiernos liderados por Bachelet (2006-2010) y Piñera (2010-2014), senadores, diputados, y actores privados seguían insistiendo en dos ideas fuerza: el agua es el petróleo de Chile (abundancia del recurso) y el agua de los ríos se pierde en el mar (no puede desaprovecharse el potencial del agua como combustible para generar electricidad)¹³. Así, por ejemplo, Bachelet declaraba que *“para crecer necesitamos cada vez más energía. No podemos darnos el lujo de desaprovechar recursos*

¹³ Desafortunadamente, buena parte de estos discursos siguen siendo frecuentemente repetidos por dirigentes y líderes políticos y representantes de las empresas (Schaeffer 2017; Calderón-Quirgas et al. 2020) mostrando un profundo desconocimiento (o desprecio) en relación al ciclo del agua y la compleja red ecológica integrada por ríos, cuencas, océanos, valles, especies, comunidades humanas y territorios (Orrego 2017; Larraín 2016).

en generación eléctrica”; Piñera, por su parte, sostenía que *“Chile es un país rico en agua. Y el agua es energía limpia y renovable. No produce emisiones contaminantes ni efecto invernadero. Necesitamos una energía más segura, para no enfrentar riesgos de apagones. Y más económica, porque hoy tenemos una energía muy cara, con la que sufren las familias y también el sector productor cuando tiene que competir”* (Romero-Toledo 2014).

Entre los que continuaban sin renunciar a la posibilidad de aprovechar el potencial hidroeléctrico mediante grandes obras hidráulicas de embalse se encontraba el propio Pacheco Matte. En 2013, él todavía defendía que *“Hidroaysén no estaba muerto”* (Pacheco-Matte 2013). Este megaproyecto hidroeléctrico pretendía construir dos represas en el río Baker y tres en el río Pascua para instalar una potencia total de generación de 2.750 MW y era propiedad del consorcio Hidroaysén, controlado por ENDESA Chile en un 51% y por Colbún en un 49% (sociedad chilena propiedad del Grupo Matte) (Romero-Toledo 2014; Larraín y Poo 2010). Además, el megaproyecto requería la construcción de torres y líneas de alta tensión por una extensión de 2.700 kms para llevar la electricidad desde Aysén hasta Santiago. A lo largo del proceso de evaluación ambiental se produjeron múltiples irregularidades, ilegalidades y presiones políticas: escasa consideración de las autoridades del gobierno respecto a los informes de los servicios públicos competentes, llegándose a modificar algunos de estos documentos por presiones de la autoridad central; pronunciamientos a favor del proyecto por parte de autoridades políticas en la etapa previa a la decisión de los evaluadores regionales subalternos suyos;

fraccionamiento del proyecto al pretender evaluar la línea de transmisión posteriormente y por separado de las cinco represas con la expectativa de conseguir el apoyo del Gobierno para aprobar la denominada carretera eléctrica; legislación especial que facilitaría la instalación de las líneas; evaluación ambiental que solo consideró los impactos de las cinco represas y de la línea de interconexión en corriente alterna entre estas y el convertidor a corriente continua; ofrecimientos y promesas a personas y comunidades de toda índole; objeciones presentadas por ciudadanos y servicios sectoriales no atendidas o subestimadas a la hora de ser evaluadas; y remoción del director regional del servicio de evaluación ambiental a pocos días de iniciarse la evaluación ambiental (Horvath 2015). A pesar de que en 2011 Hidroaysén fue aprobado por la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA), finalmente el Comité de Ministros rechazó el proyecto en junio de 2014, constituyendo una gran victoria para la larga campaña Patagonia sin Represas¹⁴ y para una mayoría de la población chilena que se había manifestado en contra del proyecto (Orrego 2017; Maillet y Albala 2018)¹⁵, entre la que también se encontraban comunidades de pueblos originarios que se hubieran visto afectadas por las líneas de transmisión proyectadas (Susskind et al. 2014).

La oposición al proyecto Hidroaysén constituyó una revolución de los territorios (Horvath 2015) que mandó un claro

¹⁴ Esta campaña fue articulada por el Consejo de Defensa de la Patagonia, (CDP) que reunía a más de 50 organizaciones locales, nacionales y extranjeras del ámbito ambiental, ciudadano, productivo y social (Segura 2010).

¹⁵ El rechazo ciudadano al proyecto HidroAysén escaló al 74% después de la resolución de la COREMA (*La Tercera*, 2011).

mensaje al centralismo santiaguino: no pueden imponerse semejantes megaproyectos en contra de las visiones y prioridades de desarrollo regionales y de la mayoritaria voluntad de la ciudadanía con el fin de beneficiar exclusivamente al oligopolio eléctrico, las empresas mineras y las grandes ciudades y centros de consumo. De haberse constituido Hidroaysén, la concentración duopólica de la generación eléctrica en el SIC se hubiera agravado, poniendo en manos de Colbún y Endesa el 80 % de los insumos eléctricos del SIC. Además, con la inyección masiva de la electricidad de la Patagonia al SIC se hubiera impedido el ingreso de nuevas fuentes de energía como las renovables no convencionales (Segura 2010; Baquedano 2018).

A esta revolución exitosa de los territorios le siguió una contrarrevolución “neoliberal” por parte del gobierno (Holiday-Nelson 2015) para tratar de seguir haciendo avanzar la frontera extractivista de la hidroelectricidad mediante minihidros¹⁶. Esta contrarrevolución se fundamentó en un giro discursivo por parte del gobierno en favor de las PCHS, en la escasez de estudios científicos sobre los impactos de las minirepresas y en la existencia de marcos regulatorios más laxos para las PCHS (Salisbury 2018)¹⁷ para desarrollar políticas energéticas de fomento de las minihidros en Chile¹⁸.

¹⁶ Siguiendo el enfoque de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión “plan o proyecto extractivo” se referirá en esta tesis a cualquier actividad que pueda afectar las tierras, territorio y recursos naturales de un pueblo indígena o tribal, en especial, cualquier propuesta relacionada con la exploración o extracción de recursos naturales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 2015; Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso *Saramaka v. Surinam*, 2007).

¹⁷ Salisbury da cuenta de cómo el impacto de las minipresas ha sido tan poco estudiado por los científicos como poco regulado por los gobiernos (Salisbury 2018).

¹⁸ Este no ha sido un fenómeno exclusivo de Chile sino que, por el contrario, en los últimos años se ha producido un auténtico *boom* de proyectos de PCHS a escala global, especialmente en las regiones de la cordillera andina, Centroamérica, los Balcanes, la

El resultado de estas políticas fue un acelerado auge en la construcción de minihidros que llevó a prácticamente duplicar el número de centrales existentes en Chile en tan solo cuatro años (2014-2018). En la actualidad, están operativas 127 minihidros de pasada con una potencia instalada neta de 559 MW (Valdivia 2020)¹⁹. Sin embargo, esta cifra constituye únicamente el 8,18 % del total de la capacidad instalada neta en base a fuentes hidroeléctricas (6.826,8 MW)²⁰. Es decir, a pesar de que las minihidros constituyen el 72,9% de los proyectos hidroeléctricos en operación, todavía su participación en la capacidad eléctrica instalada es muy poco significativa.

península de Anatolia, la cordillera del Himalaya y el sudeste asiático (Bene 2018b, 2018c; Embid y Martín 2017; Zarfl et al. 2014).

¹⁹ Información proporcionada mediante correo electrónico por Diego Valdivia, Ministerio de Energía (9 de julio de 2020). Dicho correo contiene una plantilla actualizada a junio de 2020 con el detalle de capacidad instalada de generación ERNC en los sistemas eléctricos chilenos.

²⁰ En Chile operan 15 centrales de embalse con una potencia instalada neta de 4.178,8 MW y 32 centrales de pasada de tamaño mediano y grande con una potencia instalada neta de 2.089,4 MW. Los megaproyectos (centrales con una capacidad instalada superior a 100 MW), sean de embalse (10) o de pasada (6), tienen una potencia instalada neta de 4.846,1 MW (3.926 MW mediante centrales de embalse y 920.1 MW mediante centrales de pasada), lo que supone que el 70.9% de la potencia instalada neta en Chile procede de megaproyectos. En cuanto a las centrales de tamaño mediano (entre 20 y 100 MW de capacidad instalada), operan 4 centrales de embalse con una potencia instalada neta de 235.9 MW y 26 centrales de pasada con una potencia instalada neta de 1.168,1 MW, lo que supone un total de 1.404 MW y el 20,5% de la potencia instalada neta (elaboración propia, a partir datos CNE 2020; Coordinador Eléctrico 2020).

2. Los giros discursivos del gobierno: entre las grandes centrales de embalse y las minihidros de pasada.

Si en 2013 Pacheco Matte todavía defendía el proyecto Hidroaysén, un año más tarde, al asumir la cartera de energía y ante la tensión social y política del momento²¹, pasó a reconocer que había que “*deshidroaysenizar*” el debate en torno a la cuestión energética (UPI Chile 2014; Pacheco-Matte 2018b). Con estas palabras parecía que el nuevo ministro quería señalar que no estaba dispuesto a asumir el costo político de seguir apostando por megaproyectos hidroeléctricos de embalse²². Este giro discursivo de la dirigencia política se tradujo en algunos cambios en las prioridades en relación al desarrollo de la hidroelectricidad durante el segundo mandato de Bachelet. Así, en la expo APEMEC 2014 (Asociación Chilena de Pequeñas y Medianas Centrales Hidroeléctricas), el ministro reconocía que “*tenemos la urgente necesidad de diversificar nuestra matriz energética y en esta tarea necesitaremos de todas las fuentes, y de manera muy especial y preferente, de las pequeñas y medianas centrales hidroeléctricas*” (El Dinamo 2014). La lógica detrás de este cambio en las prioridades del desarrollo hidroeléctrico era la siguiente: si el

²¹ La presión hacia el nuevo ministro no llegaba únicamente del movimiento ambientalista y la transversalidad de actores que se oponían a Hidroaysén, sino que desde el sector privado también hacían llegar sus exigencias al gobierno. Así, desde la empresa Colbún, tras decidir la congelación del proyecto Hidroaysén, su director Larraín Matte declaraba que “*mientras no exista una política nacional que cuente con amplio consenso y otorgue los lineamientos de la matriz energética que el país requiere (...) será misión de los poderes Ejecutivo y Legislativo consensuar los cambios institucionales y regulatorios necesarios para viabilizar los proyectos de generación y transmisión que demanda el desarrollo económico y social de Chile*” (Larraín Matte 2012).

²² Los gobiernos de Bachelet y Piñera durante sus primeros mandatos sufrieron un serio desgaste político como consecuencia de su apoyo al proyecto Hidroaysén (Romero-Toledo 2014).

problema estaba con las grandes centrales de embalse, la apuesta prioritaria serían las PCHS de pasada (Orrego 2017), que son mayoritariamente aceptadas por la oposición política (Horvath 2015) y el movimiento ambientalista (Baquedano 2018; Diario Financiero 2010; Orrego 2017; Larraín et al. 2016)²³, y que además constituyen energía de base que complementa muy bien con la expansión de la energía solar y eólica (Pérez-Odeh 2017; Pérez 2020). Los discursos del propio ministro señalaban la superación de la oposición ciudadana como un factor de peso para el cambio de ruta del desarrollo hidroeléctrico: *“la gente es sensata, sabe que necesitamos energía y también sabe que estos proyectos (minihidros) traen desarrollo, progreso y oportunidades, el sector minihidro [...] puede y debe crecer”* (El Dinamo 2014). De esta manera, se llegó a concebir el Plan 100 Minihidros, o lo que es lo mismo, el objetivo de lograr que 100 nuevas PCHS entrasen en funcionamiento durante el periodo 2014-2018.

Los giros discursivos apuntaban no solo a la fuente de energía a desarrollar en el corto plazo, sino también a los argumentos que se ofrecían para fomentar la “nueva” apuesta energética. En este sentido, las palabras de Pacheco Matte que abren este capítulo son reveladoras de esta dimensión de los giros discursivos adoptados desde instancias gubernamentales en diferentes regiones del

²³ En general, la aproximación ontológica del pueblo mapuche y del movimiento ambientalista respecto a la aceptación de las minihidros es divergente. Las agendas de estos actores son distintas (Yáñez 2017): si el movimiento ambientalista promueve la generación en base a ERNC, el pueblo mapuche considera toda intervención hidráulica en los ríos, incluidas las minihidros, como una agresión intolerable hacia la Madre Tierra y su cultura ya que los impactos al medioambiente son indisolubles de los impactos culturales para el pueblo mapuche (Weke 2017b) y por consiguiente dichos impactos no pueden ser compensados ni mitigados (Silva 2017; Nahuelhual 2017). Sin embargo, fruto de la localización de muchas de estas minihidros en áreas de conservación o en zonas aledañas a ellas, finalmente los intereses del movimiento ambientalista y del pueblo mapuche han terminado convergiendo en muchas ocasiones en la oposición a este tipo de proyectos (Cepeda 2021; Jofré 2017).

mundo para promover la hidroelectricidad. Si en el siglo pasado se fomentaba la construcción de grandes obras hidráulicas de embalse desde un enfoque de superación de la pobreza, fomento del desarrollo económico y construcción de una nación fuerte y moderna (nacionalismo), en la actualidad se promociona la hidroelectricidad, muy especialmente las PCHS de pasada, como una tecnología limpia que debiera participar de forma destacada en la transición hacia fuentes de energía renovables y la descarbonización de la matriz energética ya que supuestamente ofrecería mayores garantías para lograr un desarrollo sustentable y una mayor accesibilidad de la energía (Bene 2018a; Bene 2018b). Este tipo de retórica está muy presente en la cuestión energética en Chile: la División de Hidroelectricidad Sustentable del Ministerio de Energía asocia el desarrollo de minihidros al fin de *“impulsar el desarrollo de energía limpia, renovable, de fuentes propias y con los resguardos ambientales correspondientes”* (Melissa, Unidad de Acompañamiento de Proyectos 2020). Hugh Rudnick, principal asesor del ministro en materia energética, enfatiza el atractivo de las minihidros por contribuir a producir energía propia, renovable y no contaminante (El Mercurio 2013), promover el desarrollo local y regional y tener un bajo impacto ambiental y social, en contraposición a formas más tradicionales de generar energía como puedan ser las grandes CH (Gladina 2016).

Pero tampoco el giro discursivo ha sido absoluto ni de 360 grados en relación a los argumentos que se ofrecen para fomentar la (pequeña) hidroelectricidad. Si bien los discursos contemporáneos de promoción de la hidroelectricidad ponen el énfasis en que se trata de

una energía limpia, renovable, respetuosa con el medio ambiente y que contribuye a mitigar los efectos del cambio climático, todavía perduran argumentos de la vieja retórica ligados a la soberanía energética, al nacionalismo y a la superación de la pobreza. Así, por ejemplo, desde el Ministerio de Energía se defiende la necesidad de ejecutar programas de energización de las comunidades indígenas en el sur de Chile y de incorporar a la población indígena como socios de proyectos energéticos *"porque los mapuche tampoco quieren continuar siendo pobres toda su vida ¿cachai?"* (Nahuelhual 2017); se destaca que impulsar la hidroelectricidad permite reducir la necesidad de importar insumos energéticos del extranjero ya que el agua es un recurso renovable, propio y abundante en Chile, y se resalta que a diferencia de lo que sucede con la gran hidroelectricidad, en gran parte en manos de unas pocas empresas transnacionales, la apuesta por el sector minihidro permite la entrada en el mercado eléctrico de multitud de pequeñas y medianas generadoras chilenas. Un buen ejemplo de esta mezcla de razones para promover las minihidros son las siguientes palabras de Pacheco Matte en una entrevista en el periódico El Mostrador de mayo de 2016:

“El 45% de todas las centrales que estamos construyendo en Chile hoy son de ERNC. La verdad es que la transformación que estamos haciendo en Chile en la matriz energética es profunda y, por lo tanto, necesitamos más ERNC, justamente para sustituir algunas centrales. Chile no tiene petróleo, no tiene gas y no tiene carbón, pero sí tenemos sol, viento, agua y biomasa. Entonces toda esta revolución verde depende, obviamente y en parte, de que la economía siga creciendo y los hogares sigan progresando para que tengamos la electricidad que se necesita, pero en parte

*también este boom necesita de la transformación de la matriz. Si nosotros nos vamos moviendo hacia una matriz más limpia, hacia una matriz más barata, necesitamos más ERNC. Por lo mismo, le quiero señalar a la gente que la industria de ERNC está en pleno auge, no solo que está para quedarse, sino que además sigue creciendo”*²⁴ (Pacheco-Matte, en Weissman 2016).

Sin embargo, la nueva apuesta de la cartera de energía no era resultado de una agenda completamente transformadora ni obedecía a un cambio de paradigma del sector hidroeléctrico²⁵, sino que por el contrario, respondía a la necesidad de dar una

²⁴ Notar que estas palabras se contradecían con las que un año antes había pronunciado en el sentido de que no había que diferenciar entre energías renovables convencionales y no convencionales (ver pie de página nº 15).

²⁵ Existen diferentes miradas en relación a la calificación de los cambios introducidos en la política energética por el ministro Pacheco Matte. Algunos autores como Aldo Madariaga y Edson Gladina defienden que la nueva política energética constituyó un cambio de paradigma ya que i) sustituyó la libre competencia por principios como la seguridad energética y la sustentabilidad medioambiental; ii) incorporó instrumentos como la participación activa del Estado para introducir incentivos adecuados al mercado y también para definir la nueva matriz energética y abrir nuevos mecanismos de participación social en las nuevas iniciativas; iii) asumió que no solo los precios de mercado sino también los efectos medioambientales y la aprobación social deben convertirse en los parámetros que guíen la nueva política (Madariaga y Gladina 2018). Otros, como Antoine Maillet y Rozas Bugueño, proponen el concepto de hibridación neoliberal para referirse a los cambios significativos y transformativos producidos en la política energética y el andamiaje institucional chileno a consecuencia de la incorporación de nuevos objetivos, instrumentos y principios ajenos al neoliberalismo pero que, sin embargo, no llegan a sustituir la persistencia del legado neoliberal (Maillet y Bugueño 2019). Por último, otros ponen el énfasis en que la falta de implementación de estos nuevos principios, instrumentos y parámetros en el marco del desarrollo hidroeléctrico hace que no sea posible hablar de cambios transformativos del modelo neoliberal y menos de cambio de paradigma (Larraín et al. 2016). En buena medida los nuevos principios quedaron en meros discursos que no se vieron reflejados en la acción de gobierno y los instrumentos y arreglos institucionales que se adoptaron fueron cambios adaptativos que en ocasiones no desafiaron sino que preservaron los intereses de los grupos hegemónicos del rubro hidroeléctrico (Ley de Transmisión). Así, los nuevos principios de sostenibilidad, inclusividad y seguridad no fueron más

salida a la coyuntura del momento caracterizada en buena medida por el bloqueo de los proyectos y la falta de inversión en dicho sector energético (Pacheco-Matte 2018a; Pacheco-Matte 2018c; Núñez 2018; Pérez 2020; Ministerio de Energía 2014).

La salida que se encontró para dinamizar el sector hidroeléctrico en el corto plazo fue el Plan 100 Minihidros, pero el giro discursivo “escondía” un segundo objetivo a alcanzar más en el medio-largo plazo: aprovechar el potencial hidroeléctrico de Chile por medio de centrales con capacidad de regulación, es decir, por medio de centrales de embalse (Política Energética 2050). Efectivamente, la PEN 2050 reconocía que *“contar con un mayor nivel de hidroelectricidad con capacidad de regulación es muy importante para habilitar una mayor penetración de fuentes variables (...) y que en un país en el que existe un buen potencial para tener energía embalsada se deben explorar las posibilidades de su uso al máximo posible”* (Ministerio de Energía 2014b, 2017b)²⁶. Sin embargo, la PEN no incorporaba acciones específicas de fomento de las centrales de embalse. Ello plantea la siguiente cuestión: considerando que Pacheco Matte argumenta que cuando uno gobierna y no quiere adoptar una determinada política tiene que optar por declarar públicamente que aún no dispone de toda la información necesaria o que es algo a desarrollar en el largo plazo en lugar de manifestar públicamente su oposición a esa política (Pacheco-Matte 2018c),

que apellidos que le pusieron a la política energética y al desarrollo para enmascarar y dar cobertura al verdadero objetivo: crecimiento económico y extractivismo.

²⁶ En la presentación de la PEN 2050, el ministro de energía aprovechó para quejarse que el país no podía seguir hablando de energías renovables “no convencionales”, precisando que Chile era el único país donde se le otorga “apellido” a este tipo de energías (La Tercera 2015). Así, a tan solo un año de iniciar el Plan 100 Minihidros y declarar que las minihidros serían la prioridad, ahora el ministro abría la puerta a los megaproyectos hidroeléctricos y decía que no había que hacer distinciones entre las diferentes fuentes de energía hidroeléctrica.

¿estaba aplicando esta estrategia discursiva para el caso de las centrales de embalse y así evitar una confrontación con el *lobby* hidroeléctrico? La respuesta es negativa. En apariencia, la apuesta del ministro eran las PCHS de pasada, sin renunciar a las centrales de embalse, pero sin tomar pasos firmes en esa dirección. Sin embargo, durante la aprobación de la nueva Ley de Transmisión se destapó cómo el ministro había estado promoviendo la gran hidroelectricidad de embalse de forma más encubierta, negándose a que la nueva legislación incorporase cuotas para las ERNC (lo que hacía que el sistema de transmisión continuara operando como una caja negra donde se inyecta electricidad pero siendo imposible conocer su procedencia) y declarando en la Cámara de Diputados sus intenciones de explotar energéticamente las 96 cuencas del país que tienen un potencial hidroeléctrico estimado en 15.700 MW (Larraín 2016; Larraín et al. 2016), metas imposibles de alcanzar si no se recurre a centrales de embalse de mayor envergadura²⁷.

En conclusión, el giro discursivo respecto a la fuente de energía hidroeléctrica preferida solo se materializó de forma parcial en la acción del gobierno. En realidad, el objetivo final era aumentar considerablemente la capacidad instalada procedente de la hidroelectricidad, ya fuera mediante minihidros o centrales de embalse. Pero tras la experiencia de Hidroaysén, el ministro tuvo que optar por empezar ejecutando el Plan 100 Minihidros, mientras trataba de introducir los

²⁷ Rudnick, principal asesor del ministro, advierte que es imposible satisfacer la demanda energética en base a minihidros y abre la puerta a la posibilidad de desarrollar la gran hidroelectricidad (entre otras fuentes de energía) para satisfacer la demanda energética (Rudnick y Mocarquer 2008).

cambios normativos requeridos para ofrecer seguridad jurídica a los privados en relación a sus futuras inversiones en grandes centrales de embalse.

En definitiva, hemos identificado cómo el ministro Pacheco Matte elabora unos dobles discursos para promover la expansión hidroeléctrica (ya sea mediante gran o pequeña hidroelectricidad) a partir de un conjunto de principios como desarrollo sustentable, revolución verde, adaptación al cambio climático, inclusividad, seguridad y soberanía energética o superación de la pobreza. Este tipo de discursos conducen a dos tipos de imperativos señalados por Bene: en primer lugar un imperativo extractivista (Arsel et al. 2016) edificado sobre un “consenso de las commodities” (Svampa 2012), en este caso, la (hidro)electricidad²⁸; y en segundo lugar, un imperativo de las renovables (Scheer 2011; Sohr 2012) construido sobre un “consenso de las infraestructuras y tecnologías energéticas” (Bene 2018a; Bene 2018b), especialmente, las PCHS de pasada. La lógica detrás de estos imperativos es necesitamos generar más hidroelectricidad y necesitamos generarla con esta tecnología limpia y verde y que para el caso de las minihidro exige además un desarrollo a una mayor escala geográfica (Bene 2018c; Pérez 2020). A partir de este doble imperativo construido con los discursos de Pacheco Matte, se diseñaron e

²⁸ Las actividades extractivas están adquiriendo un papel central en el diseño y planificación de las políticas públicas como si gozaran de una supremacía teleológica (Arsel et al. 2016) y traen consigo un modelo de desarrollo concreto y un conjunto de objetivos. Esta supremacía teleológica del extractivismo de las renovables alcanza su cenit cuando su crecimiento se promueve en beneficio del desarrollo nacional y el interés del país (Bene 2018a, 2018b). Este tipo de enfoque es frecuente en los funcionarios del Ministerio de Energía. Paulina Pérez, responsable del Plan 100 Minihidros, explica cómo ante la lentitud de la tramitación de los permisos sectoriales requeridos para iniciar las obras de construcción de una minicentral, desde la UGP del Ministerio de Energía se ponían en contacto con el ministro respectivo para decirle: “¿Sabes qué? Estos permisos están demorando mucho. ¿Qué podemos hacer para que se demoren menos? ¿Por qué? Porque esto significa inversión para el país y significa, en el fondo, tenemos que apoyar todo lo que sea inversión para el país. ¿Ya? Ese es el tema” (Pérez 2020).

implementaron políticas de fomento de las PCHS de pasada, contribuyendo así a una construcción intensiva y a gran escala de minihidros durante el periodo 2014-2018 y al avance de la frontera extractiva de la pequeña hidroelectricidad hacia cuencas y subcuencas más pequeñas de la precordillera y cordillera andina donde la gran hidroelectricidad no había podido llegar por la inviabilidad técnica de construir grandes embalses (Bene 2018a, 2018c; Tohá 2017). De esta manera, estas áreas se incorporaban a una nueva periferia de producción de energía (Avila-Calero 2018, citado por Bene 2018a). Con frecuencia las centrales proyectadas no se conciben de forma aislada, sino que se planifica la construcción de varias centrales en un mismo río o cuenca (series hidráulicas) para compartir los gastos de conexión a líneas de transmisión y así dar viabilidad económica a los proyectos (Pérez 2020), lo que supone una clara amenaza de convertir muchas de estas cuencas o ríos en zonas de sacrificio para la generación hidroeléctrica²⁹.

2.1. El imperativo extractivista. ¿Energía para quién y para qué?

“La energía pasó a ser una condición necesaria [...] para el desarrollo del país. Sin energía no habrá crecimiento y sin crecimiento no lograremos hacer los cambios estructurales que el país necesita para superar las desigualdades”.
Pacheco-Matte 2014

“Es momento de recuperar competitividad, de ganar en independencia, de disminuir nuestra vulnerabilidad a los vaivenes de los mercados externos y, sobre todo, de reducir costos para fomentar así nuestra actividad económica y abastecer adecuadamente a las familias. Seamos claros: el crecimiento requiere energía, porque sin energía no habrá crecimiento. Y hoy estamos emprendiendo con responsabilidad y con sentido de país las líneas de trabajo que nuestro progreso requiere”. Bachelet 2014

²⁹ Esta amenaza del extractivismo hidroeléctrico se ve además incrementada por el hecho de que los proyectos hidroeléctricos acostumbran a ser la punta de lanza de un conjunto de proyectos energéticos y extractivos que pretenden instalarse en los territorios (Curamil 2020; Neculqueo 2021). Es el caso del llamado enjambre de La Araucanía para referirse a lo que sucede en la IX región (Orrego 2017).

Las palabras de la presidenta y el ministro pronunciadas en el marco de la presentación de la Agenda Energética 2014 exponen claramente el imperativo extractivista (Arsel et al. 2016) de la nueva política energética. Este imperativo se fundamenta en un consenso de las *commodities* (Svampa 2016), es decir, el consenso entre grupos hegemónicos como dirigentes y partidos políticos, mundo empresarial y donantes respecto a la necesidad de incrementar la generación eléctrica para garantizar la seguridad y la soberanía energética, satisfacer la demanda energética, y fomentar el crecimiento económico y el progreso de la ciudadanía chilena (Ministerio de Energía 2014a).

El movimiento ambientalista, sin embargo, puso al descubierto algunos de los mitos de este imperativo extractivista. En primer lugar, ¿es necesaria más energía para tener seguridad y soberanía energética? Los funcionarios del gobierno sostienen que Chile necesita más energía porque i) debe disponer de la cantidad de energía necesaria para cubrir los picos de demanda (*duck curve*) tomando en cuenta la variabilidad intradiaria y estacional (cantidad superior a la demanda promedio); debe, además, prever escenarios futuros de mayor demanda y empezar a incrementar la capacidad instalada a diez años vista para que llegado el momento se tenga la capacidad de satisfacer esa demanda; y por último, necesita diversificar la oferta energética para garantizar su seguridad, eficiencia-rapidez, y competencia. Estas tres variables, esgrimen desde el Ministerio de Energía, son las que justifican la necesidad de una red eléctrica sobredimensionada (Tohá 2017).

Desde la oposición ambientalista y desde los territorios se comprende que la necesidad de que el sistema eléctrico disponga de un respaldo para poder atender la totalidad de la demanda, que es variable en función de la hora del día y la estación del año, y que se requiera una capacidad instalada superior a la demanda real para hacer frente a desafíos como imprevistos, episodios de fuerza mayor, mantención, factor de potencia, etc., pero se destaca que la capacidad instalada ya está largamente

sobredimensionada y que Chile hoy día exporta buena parte de la energía generada a sus países vecinos (Sepúlveda 2017; Chile Sustentable 2012).

Los datos estadísticos parecen respaldar esta segunda versión. Tal y como puede observarse en la Gráfica I, tanto la demanda máxima como la capacidad instalada en el SEN han aumentado constantemente a lo largo de la última década, si bien el crecimiento ha sido más acusado para la capacidad instalada. De esta manera, se ha pasado de una relación donde la demanda máxima suponía el 51,50% de la capacidad instalada (año 2009) a una relación en que la demanda máxima tan solo supone el 43% de la capacidad instalada, lo que indica que la capacidad instalada supera ampliamente el doble de la demanda máxima. Este crecimiento ligeramente diferente entre demanda máxima y capacidad instalada muestra cómo los objetivos de desacoplar crecimiento económico y demanda energética (e implementar políticas de eficiencia energética) todavía tienen un largo camino por recorrer. La lógica de para crecer necesitamos energía conduce a este extractivismo sin fin. ¿Cuánta más energía se requiere para satisfacer la demanda y tener energía de respaldo?

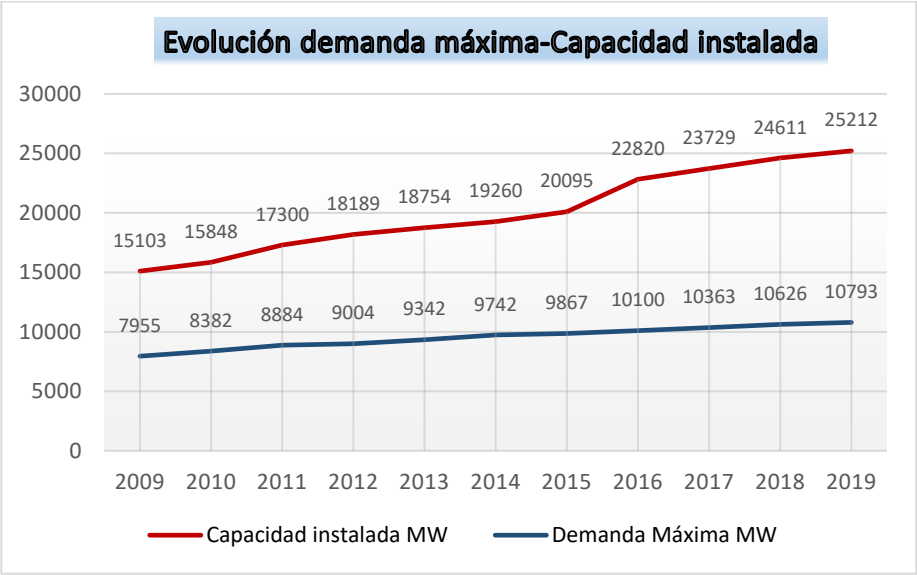


Ilustración 1. Demanda máxima y capacidad instalada en el SEN. Elaboración propia en base a datos CNE

Otro mito que se disputa desde el ambientalismo y desde los territorios es el relativo a la cuestión: ¿quién necesita esta energía?, ¿para qué se necesita esta energía? Según recoge el Instituto Nacional de Estadística, la demanda promedio de electricidad por sectores durante el periodo 1997-2011 era la siguiente:

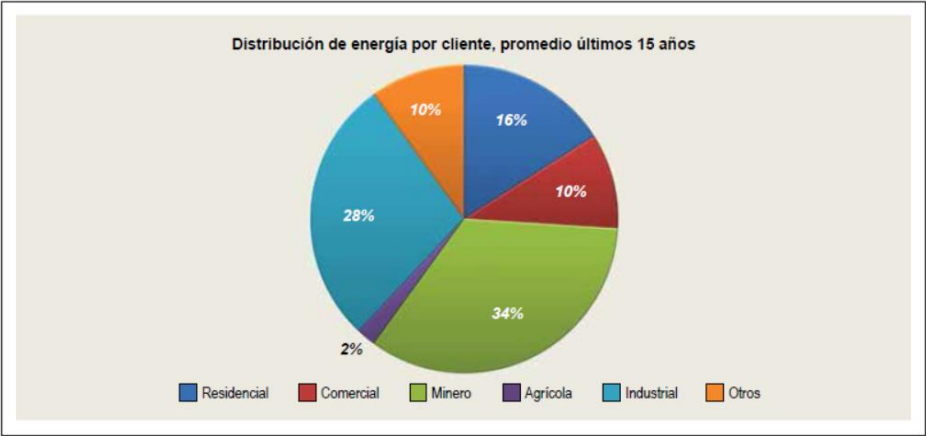


Ilustración 2. Demanda promedio de energía por cliente (1997-2011) (Chile Sustentable 2012)

Desde las organizaciones ambientalistas y comunitarias denuncian que estos datos que proporciona la Administración subestiman la demanda real del sector de la minería al esconder parte de su demanda dentro del sector industrial contabilizándola como demanda correspondiente a la industria minera, por lo que en realidad su consumo sería mucho mayor y se situaría alrededor del 50% del total de la demanda eléctrica (Chile Sustentable 2012, Orrego 2017). Además, como prueba el estudio “Proyección del consumo de electricidad en la minería del cobre 2014-2025”, desde el sector minero se continuó presionando constantemente al gobierno para incrementar la capacidad instalada de forma que se pueda satisfacer la demanda energética esperada de la minería del cobre. Dicho estudio estima que el consumo eléctrico esperado para la minería del cobre crecerá de 21,9 TWh a 39,5 TWh, lo que supone un crecimiento de un 80,6% para el periodo 2014-2025, a una tasa anual del 5,5% (Comisión Chilena del Cobre 2014).

Por contra, el consumo promedio residencial y de los hogares chilenos alcanzaba tan solo el 16% para el periodo 1997-2011 (por un 10% del consumo promedio comercial). Además, hay que tener presente que la cobertura eléctrica es del 99,8% a nivel nacional (Ministerio de Energía 2014b). A pesar de estos datos, el imperativo extractivista defendido por el gobierno continuaba sosteniendo que se necesitaba más energía para el progreso y el bienestar de todos los chilenos³⁰.

El tercer mito que se cuestiona desde el ambientalismo tiene que ver con la apuesta por incrementar la capacidad instalada en base a fuentes renovables de energía con el propósito de descarbonizar la matriz energética. Si se analizan las fuentes de generación en valores relativos, vemos que desde la entrada en vigor de la

³⁰ El nombre de la Agenda de Energía, “Un desafío país: progreso para todos”, es indicativo de cómo el gobierno pretendía hacer creer que el incremento de energía repercutiría en el progreso de todos los chilenos ligándolo a la tradición del centroizquierda de una ideal de continua mejora de la modernidad (Romero y Tapia 2018).

Ley de Fomento de las ERNC (2010) sí se ha producido una tendencia a la baja de la categoría “peso de los combustibles fósiles en el SEN”, pasando de un porcentaje del 62,1% en el año 2010 a otro del 55,6% para el año 2019. Sin embargo, si se analiza la misma categoría (generación en base a combustibles fósiles) en valores absolutos, se constata que se ha producido una ligera tendencia al alza, pasando de 36.153 MW a 43.033,9 MW. Por consiguiente, el aumento de las energías renovables hasta el 2019 no ha contribuido a descarbonizar la matriz energética sino a tener mayor capacidad instalada y a la diversificación de la matriz energética. Las últimas previsiones del Gobierno estiman que el pico de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) se producirá en el año 2027 y que a partir de entonces se empezarán a reducir progresivamente las emisiones, proponiendo una reducción de un 45% de las emisiones contaminantes anuales para 2030 hasta alcanzar la carbono-neutralidad en el año 2050 (Parra 2019).

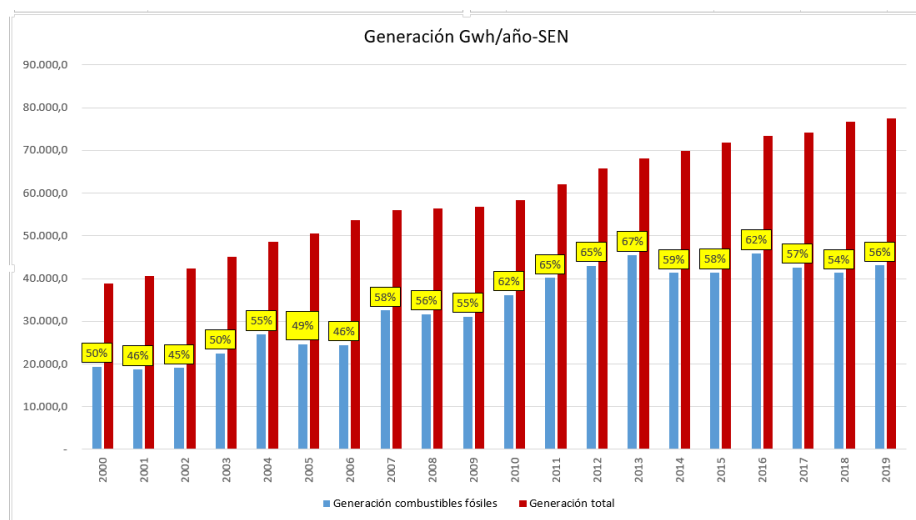


Ilustración 3. Descarbonización de la matriz energética. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC

Si tomamos en cuenta el aporte a la matriz eléctrica por fuente de generación, se constata una tendencia a la baja en la participación de la hidroelectricidad en la generación eléctrica, tanto en valores absolutos (de 21.230,8 Gwh en 2010 a 20.829 Gwh en 2019) como en valores relativos (del 36,44% al 26,91%).

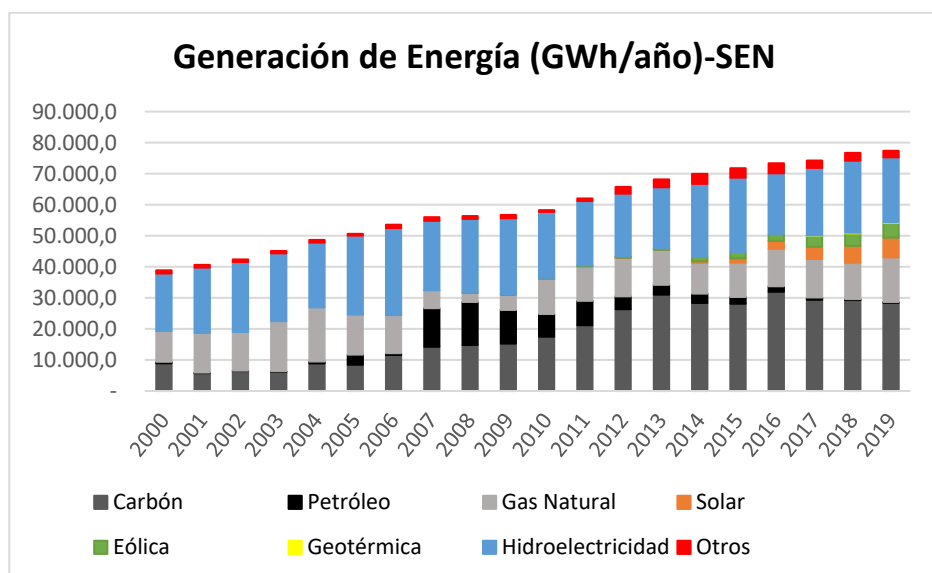


Ilustración 4. Generación de energía SEN. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC

Ello plantea la necesidad de sopesar cuán necesario era apostar por el Plan 100 Minihidros, considerando por un lado su escasa aportación a la matriz energética y por el otro los numerosos conflictos socioambientales que genera en los territorios (Bene 2018a).

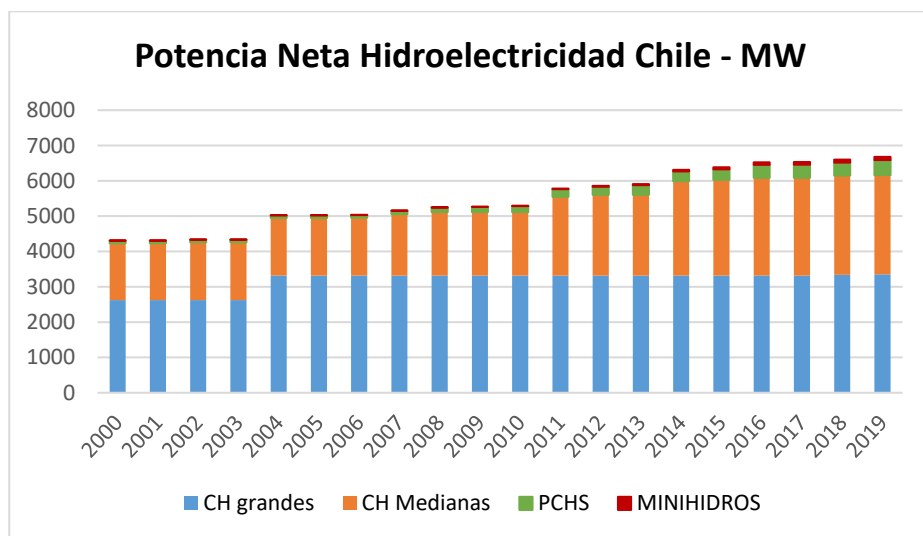


Ilustración 5. Potencia neta sector hidroelectricidad. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC

La potencia neta instalada de las PCHS-minihidros ascendió de 79,57 MW en el año 2000 a 181,15 MW en el año 2010 y a 516,19 MW en el año 2019. A pesar de este auge, la potencia instalada en base a PCHS-minihidros tan solo supone el 7,72% del total de la potencia neta instalada en base a hidroelectricidad³¹.

Sin embargo, para lograr esta cantidad instalada de generación hidroeléctrica, tuvo que incrementarse exponencialmente el número de centrales existentes en el país. Si en 2003 el número de PCHS-minihidros era de 17 (25% del total), en 2013 asciende a 65 (52% del total) y en 2019 a 120 (63,15 % del total).

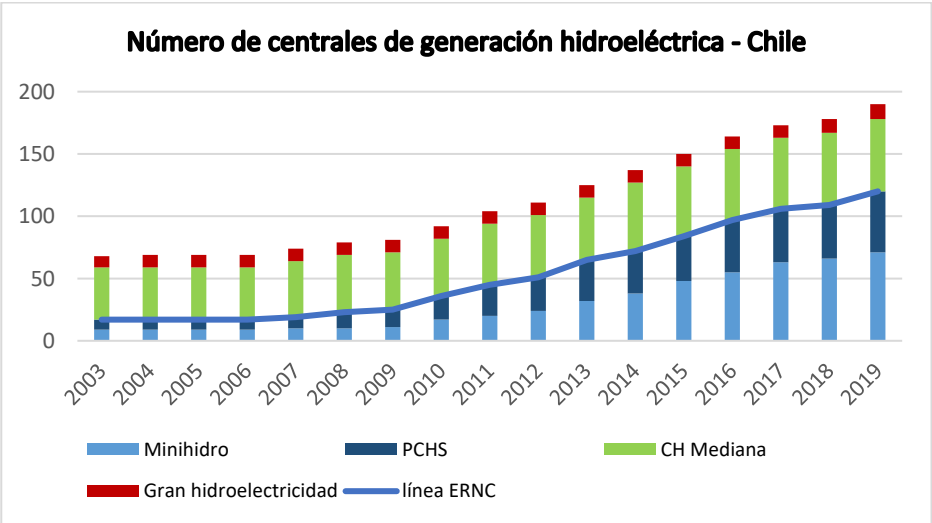


Ilustración 6. Centrales hidroeléctricas en Chile. Elaboración propia en base a Catastro Ministerio de Energía y SEA

De la misma manera, en la región de La Araucanía, se ha incrementado por trece la potencia neta instalada en base a generación hidroeléctrica en el último

³¹ Si bien a lo largo de la tesis se emplean indistintamente como sinónimos los términos PCHS y minihidros, en este apartado se usa el vocablo PCHS para referirse a las CH con una potencia instalada inferior a 20 MW y superior a 3 MW, y el vocablo minihidro para referirse a las CH con una potencia instalada igual o inferior a 3 MW con la finalidad de discernir la contribución a la matriz energética entre ambas tipologías de centrales.

decenio, pero si en 2009 la hidroelectricidad suponía el 47,09% de la potencia neta instalada en la región, en la actualidad tan solo supone un porcentaje del 15,8%, siendo el peso de las minihidro todavía más pequeño (3,1% del total).

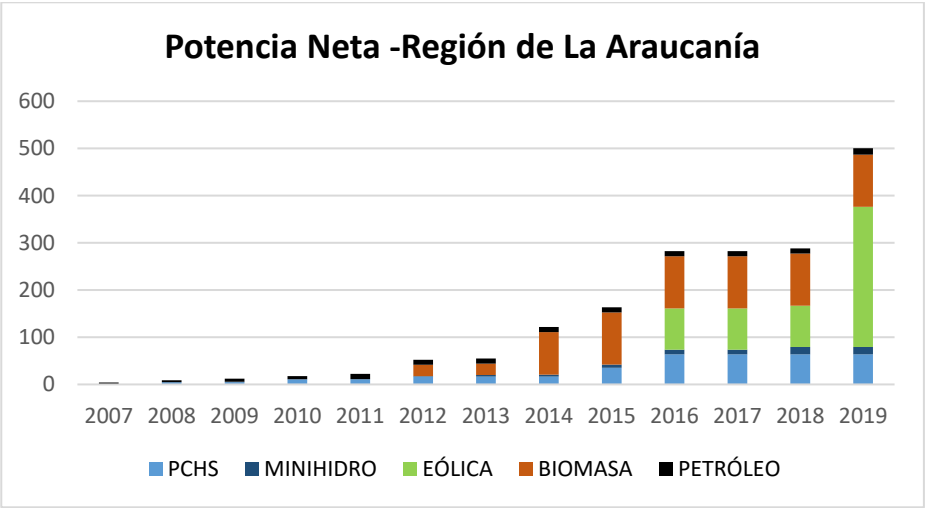


Ilustración 7. Potencia neta región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC

De nuevo, no obstante, el número de CH construidas y en operación ha crecido de forma significativa en la región en el último decenio, pasando de dos PCHS-minihidros en el año 2009 a 15 en 2019.

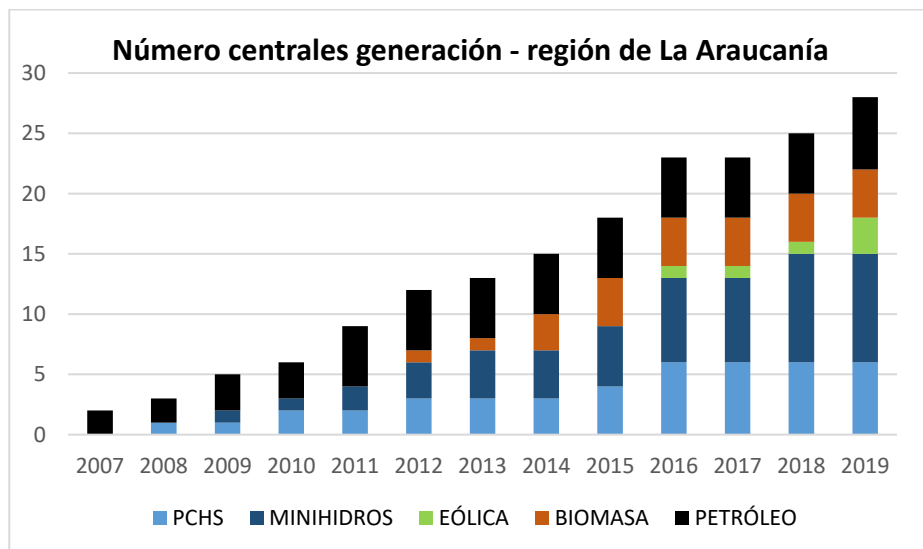


Ilustración 8. Centrales de generación eléctrica en región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos CNE y SEC

2.2. El imperativo de las renovables. ¿Son las minihidros una tecnología limpia y verde?

El imperativo de las renovables se construye en Chile con dos narrativas frecuentemente repetidas en los discursos del Gobierno, el rubro empresarial y los ingenieros:

En primer lugar, la generación de electricidad a partir de la fuerza motriz de un recurso renovable propio y abundante en Chile permite incrementar la soberanía y seguridad energética. Esta narrativa ha sido refutada con dos argumentos: por un lado, los índices de renovabilidad y disponibilidad del recurso hídrico en la actualidad se ven seriamente amenazados como consecuencia del cambio climático (menor pluviosidad, sequías, aceleración del derretimiento de los glaciares) y los impactos de actividades antrópicas como la minería y la agroindustria en las cabeceras de las cuencas (Larraín 2016), lo que

unido a la falta de datos que permitan conocer los cambios en los regímenes hidrológicos y de precipitación (Kelly-Richards 2018) hacen de la hidroelectricidad una fuente riesgosa de energía que no garantiza la seguridad energética y pone en entredicho la supuesta abundancia del potencial hidroeléctrico (Larraín y Schaeffer 2016; Liberona en Electricidad 2019); por otro lado, el recurso hídrico es tan foráneo como puedan ser los combustibles que se adquieren en los mercados internacionales ya que el agua es de dominio privado y está en manos de transnacionales extranjeras que tienen la propiedad de la gran mayoría de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos (DAANC) (Larraín y Schaeffer 2016; Sacaluga 2007), de forma que el Estado solo podría hacerse con estos DAA por vía de la expropiación (Mansilla 2021).

En segundo lugar, la presentación de la pequeña hidroelectricidad como una fuente de energía limpia, prácticamente inocua ambientalmente, mejor aceptada por las comunidades y que garantiza un desarrollo sustentable y la mitigación de los efectos del cambio climático (Plataforma Hidroelectricidad Sustentable 2020; Pacheco-Matte 2016; Loyola 2017). Desde este enfoque, se destaca que desde la perspectiva ambiental sus impactos son mínimos o nulos y no perturban el hábitat local; no originan problemas de deforestación, inundación y rehabilitación; no requieren de una gran superficie de tierra para su instalación y pueden construirse para aprovechar pequeñas corrientes de agua y pequeños saltos; desde una perspectiva social, se remarca que contribuyen al desarrollo de zonas apartadas o aisladas y a la mejora del nivel de vida de sus habitantes ya que el agua constituye un recurso descentralizado que puede ser utilizado para suministrar

electricidad a pueblos donde no llegan las redes de transporte y que gracias a su pequeño tamaño y simplicidad permiten ser operadas y mantenidas por la población local; desde una perspectiva técnica, pueden ser integradas en las redes de agua hasta ahora poco explotadas y valorizan una energía desaprovechada; son más fáciles de construir y poner en marcha que las grandes centrales debido a que su diseño es más simple, lo que proporciona unos costos más bajos; no se requieren estudios rigurosos para su construcción; son de alta fiabilidad y eficiencia por ser una tecnología plenamente desarrollada y madura y de fácil adaptación a diferentes circunstancias geográficas y de infraestructura, lo que permite mantener y operar fácilmente las centrales e inyectar energía rápidamente ante un crecimiento de la demanda; normalmente están situadas cerca de los centros de consumo, dando lugar a una disminución de las pérdidas por transmisión; el uso del agua puede compatibilizarse para otros fines, mejorando el esquema de inversiones; tienen períodos de gestación más cortos en comparación con las grandes CH; y contribuyen a crear un sistema eléctrico más diversificado; desde una perspectiva financiera, tienen un periodo de retorno de la inversión menor y sus costos de operación y mantenimiento son más bajos; la vida útil de una minihidro supera los 25 años, lo que facilita la recuperación de la inversión; cuentan con los precios más bajos de generación de electricidad de todos los sistemas fuera de la red (Palacios 2016, APEMEC 2020). Es debido a este conjunto de ventajas que estos actores sostienen que la “grandeza” de las minihidros radica en constituir una de las soluciones energéticas más adecuadas para fomentar el desarrollo sostenible e inclusivo y generar crecimiento económico, erigiéndose así en un imperativo de las renovables promovido por el Gobierno y la industria que es compartido

por buena parte del movimiento ambientalista siempre y cuando se desarrollen a pequeña escala (Orrego 2017; Baquedano 2015, 2018; Paz-Aedo y Larraín 2004).

Sin embargo, hay que partir de la premisa de que todas las fuentes de energía generan sus externalidades (Schaeffer 2017, Jaccard et al. 2011) y que la naturaleza y el alcance de los impactos (y por tanto la sustentabilidad de las minihidro) dependerá de las particularidades de cada proyecto, especialmente de variables relativas a la CH como su tipología (central de embalse o de pasada); la ubicación, que concierne tanto a la geografía física (hábitat y biodiversidad terrestre y fluvial afectada, presencia de bosques y áreas de conservación, estabilidad y composición del terreno, riesgos de desastres naturales y sismicidad, régimen hidrológico y caudal promedio, conectividad de la cuenca/subcuenca, tipología de materiales de la cuenca y carga de sedimentos, pendiente del lecho del río), como a la geografía cultural (población afectada y densidad poblacional, propiedad y usos del suelo, valores culturales tangibles e intangibles, manera en que la central se inserta en los territorios); el diseño y modo de operación (cantidad de agua que se toma del río y ubicación de las bocatomas; estructura y longitud de la derivación de las aguas del río, considerando tanto el canal de alimentación como el canal de cola; diámetro y material de las canalizaciones; capacidad de almacenamiento; volumen y extensión del área inundada; cabeza estática y diferencia de altura entre la casa de generación y la presa; altura del azud o presa; modelo de turbina; régimen de descarga en m^3/s y su velocidad; distancia para la recuperación de concentración de sedimentos; caudales ambientales); el tamaño de la planta y la capacidad instalada, la distancia entre el punto

de captación y el punto de restitución de las aguas, la longitud y tipología de las tuberías, la infraestructura asociada (tamaño y longitud de las líneas de transmisión hasta el centro de carga o punto de conexión con la red, sea mediante líneas de alta tensión o red local; subestaciones eléctricas, carreteras y caminos), y los impactos acumulativos y sinérgicos debido a la presencia de otras centrales en la misma cuenca/subcuenca. Hay que señalar que existen pocos trabajos científicos que estudien la interrelación entre varias de estas variables y su correlación con los impactos generados por las minihidros (Couto y Olden 2018; Salisbury 2018).

Sin embargo, a pesar de la escasez de estudios existentes en la literatura (Kelly-Richards 2019; Kelly-Richards et al. 2017b; Bene 2018a, Anderson et al. 2014; Csiki y Rhoads 2010; Kibler y Tullos 2013; Liermann et al. 2012) que analicen los impactos de proyectos minihidros³² en lo relativo al diseño y escala del proyecto, sí que es posible identificar entre ellos un conjunto de trabajos académicos y de colectivos de la sociedad civil que cuestionan la sustentabilidad y supuesta inocuidad de las PCHS, tanto desde una dimensión ambiental como social y cultural. La necesidad de este tipo de trabajos se ha hecho patente a medida que el *boom* de las minihidros en diferentes regiones del mundo hacía paulatinamente visible las afectaciones ecosistémicas, económicas, sociales y culturales de muchos de estos proyectos (Kumar

³² La posibilidad de trabajos comparativos entre diferentes países se torna muy compleja debido a una doble barrera: en primer lugar, la definición de minihidros en base a criterios heterogéneos del umbral de capacidad instalada del proyecto (MW) (United Nations Industrial Development Programme y International Centre on Small Hydro Power 2016); y en segundo lugar, la multiplicidad de diseños y formas de operar de las diferentes centrales (Kelly-Richards et al 2017; Hennig y Harlan 2018; Anderson et al. 2014; Kibler y Tullos 2013; Bene 2018c).

y Katoch 2015b; Hennig y Harlan 2017; Premalatha et al. 2013; Anderson et al. 2014; Timpe y Kaplan 2017; Salisbury 2018; Bene 2018c; Kelly-Richards 2019). De esta manera, el número de trabajos que cuestionan la falta de evidencias empíricas sobre las que se sustentan los discursos de promoción de las minihidros ha crecido en los últimos años.

Los principales cuestionamientos que se hacen desde la literatura crítica con los impactos de las PCHS serían los siguientes:

En primer lugar, la elección de la categoría capacidad instalada como elemento esencial para clasificar y definir qué constituye una PCH en los marcos regulatorios pasa por alto muchas otras categorías de las centrales igual o más relevantes que la capacidad instalada en términos de condicionar la evaluación de los impactos sociales y ambientales de dichas centrales (Kelly-Richards 2019; Egré y Milewski 2002; Kumar y Katoch 2015b; Gleick 1992; Kibler y Tullos 2013; Couto y Olden 2018). Al otorgar un rol protagónico a la categoría capacidad instalada, los marcos regulatorios adoptan la presunción de que “small is beautiful” y así se entregan a los proyectos minihidros muchas ventajas en las tramitaciones de los Permisos Ambientales Sectoriales (PAS) (Bene 2018a; Bene 2018c; Faundes 2020; Kelly-Richards 2019). En Chile, por ejemplo, los proyectos con capacidad instalada inferior a 3 MW no deben ingresar al SEIA a menos que usen un caudal superior a 2 m³/s y la mayoría de proyectos con capacidad instalada inferior a 20 MW ingresan al SEIA mediante DIA y no mediante EIA, lo que permite eludir la socialización de los proyectos (a menos que así lo soliciten dos personas jurídicas o diez personas naturales en el plazo de diez días desde la publicación del proyecto en el Diario Oficial) y la presentación

de estudios de la línea de base mucho más detallados y extensos³³. En este sentido, desde esta literatura crítica se alerta de que en realidad los impactos de las PCHS serían comparables e incluso superiores a los de las grandes represas si los medimos por unidad de energía generada (Abbasi y Abbasi 2011; Egré y Milewski 2002; Kibler y Tullos 2013; Gleick 1992; Timpe y Kaplan 2017). Si los impactos de las PCHS no son tan visibles hasta la fecha como los de la gran hidroelectricidad sería tan solo porque la gran mayoría de la generación hidroeléctrica procede de grandes embalses y no de PCHS (Premalatha et al. 2013; Bene 2018c)³⁴. Así, las PCHS no serían una buena alternativa a las grandes represas si lo que se pretende es reemplazar la generación eléctrica de las grandes centrales por minihidros (Abbasi y Abbasi 2011; Timpe y Kaplan 2017).

En segundo lugar, otro cuestionamiento de las minihidros que se hace desde estas voces críticas tiene que ver con la escala de estos proyectos teóricamente pequeños en tamaño. A pesar de ser promovidos como mini proyectos (lo que les otorga ventajas tanto en términos de tramitación y obtención de permisos sectoriales por parte de la Administración, como en términos de socialización de los proyectos, ya sea vía participación ciudadana o consulta indígena), la realidad es que la escala de los proyectos minihidro puede ser mucho mayor (Bene 2018a; Bene 2018c; Hennig y Harlan 2017). Para tener viabilidad y

³³ Art 3.c) y 94 RSEIA.

³⁴ A pesar de que las pequeñas y medianas centrales constituyen un 75% del total de proyectos hidroeléctricos en el mundo, su aportación a la capacidad eléctrica instalada continua siendo muy poco significativa. En la actualidad, el 93% de la capacidad hidroeléctrica instalada en el mundo procede de grandes centrales, mientras que tan solo el 7% de la hidroelectricidad procedería de pequeñas y medianas centrales (Bene 2018c; Zarfl et al. 2014).

rentabilidad, muchas minihidros se proyectan en forma de series hidráulicas en una misma cuenca hidrográfica o subcuenca (centrales en cascada) ya que requieren de infraestructura asociada como construcción de carreteras y caminos para facilitar el acceso de los operarios al lugar de trabajo y el levantamiento de líneas de transmisión para hacer llegar la electricidad de la casa de máquinas a los lugares de consumo (Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a; Bene 2018a, 2018c; Pérez 2020). A medida que incrementa la proliferación de minihidros en una misma cuenca o subcuenca, aumentarían considerablemente los impactos acumulativos y sinérgicos adversos de esta tecnología hidráulica, los cuales pondrían en entredicho los adjetivos con los que viene siendo promovida: verde, sustentable e inagotable (Premalatha et al. 2013; Orrego 2017; Kumar y Katoch 2015b, 2015a; Kelly-Richards 2019; Hennig y Harlan 2018; Hennig et al. 2013; Couto y Olden 2018; Egré y Milewski 2002; Kibler y Tullos 2013). En la region de la Araucanía, muchos centrales minihidro se han proyectado de esta manera en las cuencas y subcuencas de la cordillera y precordillera andina, dando lugar a lo que se conoce como el enjambre de la Araucanía y a muchos conflictos socioambientales (Orrego 2017; Ecosistemas 2018; Yáñez 2017; Curamil 2020; Neculqueo 2021; Red de Defensa de los Territorios 2016).

Además, muchos de estos proyectos llegan como punta de lanza de una oleada extractiva junto a otro tipo de proyectos: mineros, termoeléctricos, geotérmicos, salmoneras, etc., por lo que cabría valorar también estos impactos indirectos de las minihidros en tanto que proveedoras de electricidad para estas otras industrias (Hennig y Harlan 2018). En la comuna de Curacautín, por ejemplo, existen hoy día más

de 20 proyectos hidroeléctricos que afectan al río Cautín y sus afluentes junto a la planificación de varios proyectos mineros y la construcción de la conexión interoceánica (IPSA) (Curamil 2020)³⁵. De esta manera, se fragmenta la continuidad espacial del territorio mapuche y se facilita la incorporación de los reductos territoriales mapuche y la asimilación de sus integrantes al proyecto político-económico nacional en detrimento de la autonomía y autodeterminación mapuche (Antona 2016).

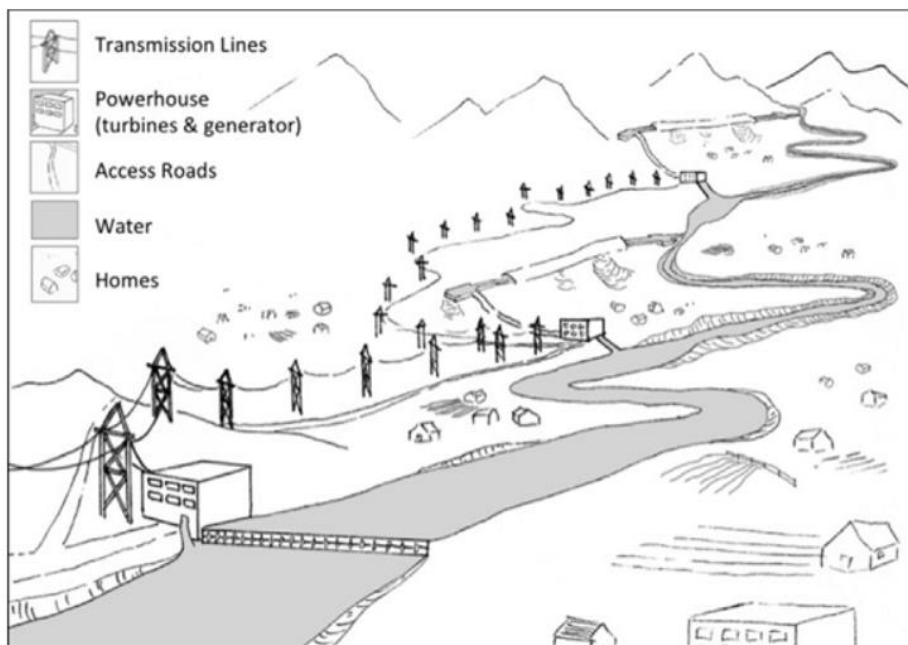


Ilustración 9. Series hidráulicas, minihidros en cascada en una misma cuenca hidrográfica (Kelly-Richards et al. 2017b, 256)

³⁵ Los ejemplos de esta oleada extractiva con las hidroeléctricas como punta de lanza son recurrentes en otras latitudes. En Panguipulli el portavoz del Parlamento Koz Koz referenciaba la proyección de CH como la antesala de proyectos de piscicultura y mineros (Weke 2017b).

Un tercer cuestionamiento de las minihidros tiene que ver con su diseño y el modo de operación. Todas las minihidros en Chile se han construido bajo la forma de central de pasada (Plataforma Hidroelectricidad Sustentable 2020)³⁶ y la literatura señala que con la etiqueta de centrales de pasada se hace referencia a diferentes modelos de CH que poco tienen que ver entre ellas, tanto en lo que concierne a su diseño como a su forma de operar. Es más, no existe consenso en la literatura en que todas ellas puedan considerarse como centrales de pasada (Tohá 2017).

Así, pueden encontrarse desde las centrales de pasada (o de filo de agua) que técnicamente responden fidedignamente al nombre que se les otorga (gráfica XI), ya que no tienen capacidad de almacenar agua ni de regular el caudal del río; las centrales de pasada de pondaje, que sí tienen capacidad de almacenamiento del agua detrás de la represa gracias a unos embalses denominados pondaje y que permiten una regulación diaria del caudal del río, por lo que son comúnmente utilizadas para satisfacer picos de demanda intradiarias³⁷; y por último, las centrales de pasada de desviación (gráfica X), que desvían una porción de un río mediante túneles superficiales o subterráneos, los cuales pueden extenderse desde unos pocos de cientos de metros hasta docenas de kilómetros, hasta llegar a la sala de máquinas donde se turbinan el agua y

³⁶ En el resto de regiones del mundo que están experimentando un *boom* de las minihidros, la gran mayoría de PCHS también adoptan la forma de centrales de pasada (Gleick 1992; Kumar y Katoch 2015a, 2015b), por la compleja viabilidad de construir embalses de cierta magnitud en ríos pequeños y con mucha inclinación que permitan generar una determinada cantidad de MW con la que recuperar la inversión realizada y generar beneficios para los titulares del proyecto (Ortiz 2016).

³⁷ Según la literatura sobre obras hidráulicas este tipo de centrales debe considerarse como centrales mixtas y no como centrales de pasada (Fernández y Robles 2012).

posteriormente está es devuelta al río a través de los canales de desagüe (Klemm 2016).

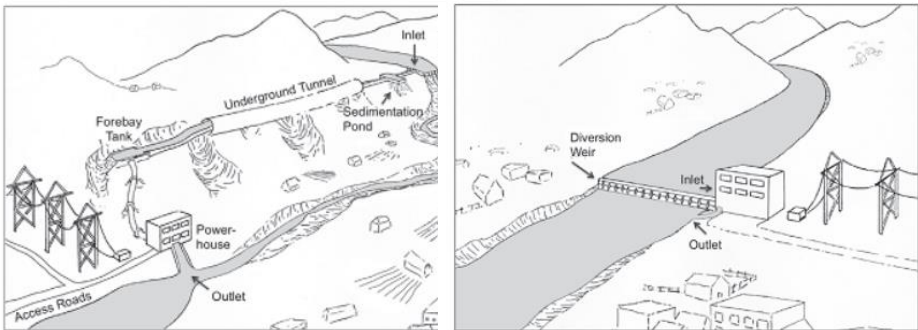


Ilustración 10a. Central de pasada de desvío. Ilustración 10b. Central de pasada de agua fluyente

Couto y Organ presentan una clasificación de las PCHS muy clarificadora a efectos de distinguir las diferentes tipologías y sus modos de operación (Couto y Organ 2019, citados por Hernando-Arrese 2022).

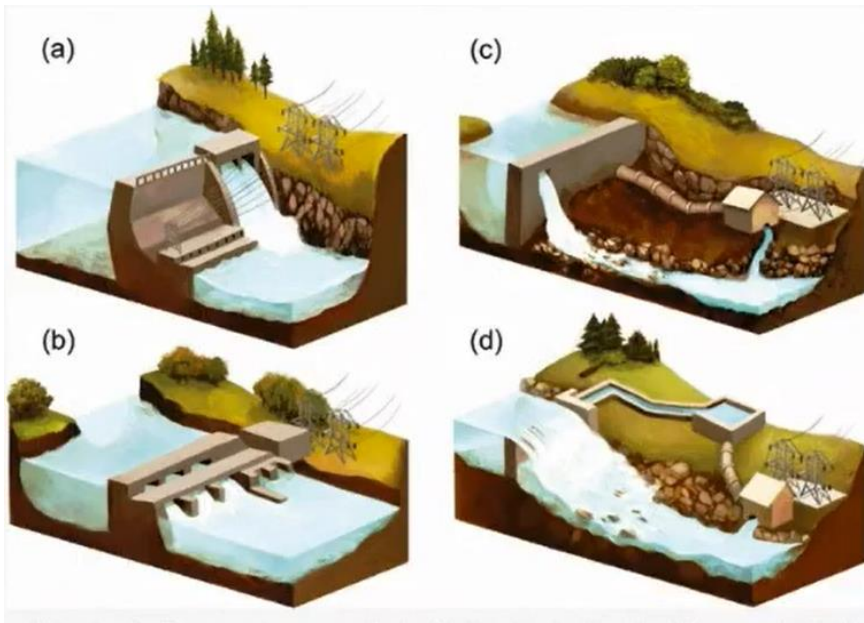


Ilustración 11. Diseño y tipologías de PCHS (Couto y Organ 2019)

En el gráfico puede observarse una PCH con almacenamiento pero sin desvío (letra a); una PCH sin almacenamiento y sin desvío (letra b); una PCH con almacenamiento y con desvío (letra c) y una PCH sin almacenamiento pero con desvío (letra d). La particularidad de Chile es que las condiciones orográficas e hidrológicas, con ríos con mucha pendiente y poco caudal, hacen que en la mayoría de los casos los ingenieros deban optar por “centrales de pasada” de desvío (y muy particularmente en base al modelo c) según Hernando-Arrese 2022), modelo que en definitiva hace que las centrales operen más como centrales de embalse que como verdaderas centrales a filo de agua (Tohá 2017)³⁸, especialmente cuando no se respetan los caudales mínimos o cuando estos son insuficientes (Kelly-Richards 2018)³⁹.

Los impactos que pueden generar las centrales de pasada son múltiples y pueden valorarse desde una triple dimensión: fragmentación ecológica, fragmentación socioeconómica y fragmentación cultural y espiritual (Kelly-Richards 2018).

2.2.1. Fragmentación ecológica.

En primer lugar, las centrales de pasada fragmentan los ríos y alteran las condiciones hidrológicas y geomorfológicas de los ríos (Bene 2018c; Kelly-Richards et al. 2017a, 2017b; Kelly-Richards 2019; Klemm 2016; Anderson et al. 2014; Couto y Olden 2018; Abbasi y Abbasi 2011). En lo que respecta a las condiciones hidrológicas, las

³⁸ Este funcionario del Ministerio pone en duda que este modelo de CH pueda considerarse como central de pasada (Tohá 2017). En la misma línea, ENDESA considera este modelo de central como central de embalse (Fundación Endesa 2020).

³⁹ En definitiva, hay que tener presente que no es estrictamente cierto como se afirma desde la Plataforma Hidroelectricidad Sustentable del Ministerio de Energía que todas las PCHS del Plan 100 minihidros fueran centrales de pasada.

minihidros provocan la reducción del caudal hidrológico (Egré y Milewski 2002; Anderson et al. 2014; Hennig y Harlan 2018; Premalatha et al. 2014; Kelly-Richards et al. 2017a, 2017b; Kelly-Richards 2019; Klemm 2016), el secado de tramos enteros de los ríos (Kumar y Katoch 2015b; Hennig y Harlan 2018; Premalatha et al. 2014; Hennig et al. 2013; Kibler y Tullos 2013; Klemm 2016) y la pérdida de la conectividad de los ríos (Kibler y Tullos 2013; Csiki y Rhoads 2010; Couto y Olden 2018; Kelly-Richards et al. 2017a, 2017b; Klemm 2016), especialmente cuando se desarrollan centrales de pasada de desvío, en cascada o cuando no se respetan los caudales ambientales o son fijados arbitrariamente y en cantidad insuficiente, lo que ocurre con bastante frecuencia por la pobre fiscalización de la apropiada observancia de los caudales ambientales (Hennig et al. 2013; Kumar y Katoch 2015a, 2015b; Kibler y Tullos 2013; Kucukali y Baris 2009; Hennig y Harlan 2018; Xingang et al. 2012; Kelly-Richards 2019, et al. 2017a). La reducción de la disponibilidad hídrica se ve acrecentada además con las filtraciones de las canalizaciones, una menor recarga de los acuíferos y el secado de humedales atribuido en buena medida a la derivación del cauce de los ríos y a la construcción de túneles que interceptan y desvían las aguas subterráneas (Kumar y Katoch 2015b; Gleick 1992; Kelly-Richards 2019; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a; Klemm 2016). La calidad de las aguas puede verse perjudicada al padecer alteraciones en su composición física (menor carga de sedimentos, material orgánico particulado y nutrientes y reducción del nivel de turbidez) (Anderson et al. 2014; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a; Kelly-Richards 2019; Couto y Olden 2018; Kibler y Tullos 2013; Csiki y Rhoads 2010; Gleick 1992; Liermann et al. 2012; Timpe y Kaplan 2017; Klemm 2016), química (menor carga de oxígeno) (Timpe y Kaplan 2017), biológica

(menor carga biótica) (Premalatha et al. 2014; Bene 2018c; Jaccard et al. 2011; Anderson et al. 2014; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a; Abbasi y Abbasi 2011) así como en su temperatura (reducción °C) (Egré y Milewski 2002; Kelly-Richards 2019; Couto y Olden 2018). Productos usados para limpiar las canalizaciones (Abbasi y Abbasi 2011) y la disposición irregular de desechos del material de construcción y del uso de explosivos que terminan en los ríos (Kumar y Katoch 2015b) son otros elementos que pueden contribuir a dañar la calidad de las aguas fluviales.

En lo concerniente a las afectaciones morfológicas de las cuencas, las minihidros atrapan sedimentos en la represa o azud, impiden que muchos sedimentos, materiales orgánicos particulados y nutrientes fluyan hacia las planicies aluviales río abajo (Klemm 2016; Csiki y Rhoads 2010; Kelly-Richards 2019; Couto y Olden 2018; Anderson et al. 2014; Gleick 1992) y socaban por tanto los servicios ecosistémicos de los ríos (Klemm 2016) que incluyen la alimentación del borde costero y los mares con sedimentos orgánicos e inorgánicos, salinidad, pH, sales, biodiversidad, entre otros (Larraín y Schaeffer 2016). Desde la represa el agua del río baja a mayor velocidad, provocando una erosión del lecho y las orillas de los ríos aguas abajo así como la modificación de los materiales que los componen (Csiki y Rhoads 2010). Además, los restos de las detonaciones y de otros materiales empleados en la fase de construcción pueden terminar desviando el curso de los ríos (Kumar y Katoch 2015b; Kelly-Richards 2019).

En segundo lugar, el levantamiento de centrales de pasada provoca también una fragmentación del hábitat terrestre al requerir la

tala del bosque nativo para construir las líneas de transmisión, las canalizaciones y los caminos y carreteras de acceso (Kelly-Richards 2019; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a), lo que aumenta considerablemente los riesgos de corrimiento de tierras y desprendimientos en las laderas de las montañas y de riadas e inundaciones al desaparecer la capa boscosa y de vegetación que frenaba el avance de las aguas y absorbía buena parte de las precipitaciones (Kumar y Katoch 2015b; Kelly-Richards et al. 2017b).

En tercer lugar, la construcción de centrales de pasada genera pérdida de la biodiversidad acuática y terrestre, tanto animal como vegetal. Los estudios han identificado una reducción de algas bentónicas, macrófitos, macroinvertebrados, vegetación ribereña y peces (Premalatha et al. 2014; Bene 2018c; Jaccard et al. 2011; Anderson et al. 2014; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a; Abbasi y Abbasi 2011). Estas afectaciones tienen una triple causa: i) la fragmentación del hábitat fluvial ocasionada con la construcción y operación de centrales de pasada, las cuales se erigen muchas veces en barreras insalvables para la migración río arriba y río debajo de peces y otra biota acuática (Hennig y Harlan 2018; Anderson et al. 2014; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a; Abbasi y Abbasi 2011; Liermann 2012; Klemm 2016; Timpe y Kaplan 2017); ii) los cambios en las propiedades de las aguas fluviales y en la velocidad y profundidad del río provocados por las centrales de pasada de desvío pueden acabar completamente con la vida natural existente en el río (Klemm 2016; Csiki y Rhoads 2010); iii) La construcción de infraestructura auxiliar (caminos, carreteras, líneas de transmisión) facilita la introducción de especies no autóctonas

que amenazan la supervivencia de la biodiversidad autóctona (Kelly-Richards et al. 2017b; Abbasi y Abbasi 2010).

En último lugar, las minihidro también contribuyen al calentamiento global al emitir GEI (Varun y Bhat 2012).

2.2.2. Fragmentación socioeconómica.

La llegada de centrales de pasada produce en el área afectada un quiebre de las relaciones sociales intra e intercomunitarias (Silva 2017; Weke 2017b; Neculqueo 2021; Panguilef 2015). Los recelos y enfrentamientos entre partidarios y opositores a los proyectos hidroeléctricos acostumbran a perdurar en el tiempo (Silva 2017). La población aledaña a las centrales debe aprender a gestionar el temor que le genera la integridad de las represas, de las canalizaciones y de las laderas, ya que ni la información ni las medidas de mitigación o compensación ofrecidas acostumbran a paliar esos miedos (Kumar y Katoch 2015b).

Las comunidades afectadas por las minihidros, especialmente en las zonas rurales y más aisladas, ven amenazadas sus economías familiares y de subsistencia como resultado de la reducción de la disponibilidad y calidad hídrica (Enlace Mapuche Internacional et al. 2015)⁴⁰, de la fragmentación del hábitat fluvial y terrestre (Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a), que a su vez dificulta prácticas como la transhumancia y la libre circulación de personas y animales (Antona 2016), e incluso por la alteración del microclima de la cuenca,

⁴⁰ En Chile, la proliferación de proyectos hidroeléctricos en la cordillera de Los Andes impactan las partes altas de las cuencas hidrográficas y disminuyen las posibilidades de desarrollar emprendimientos agrícolas, ganaderos o turísticos en otras áreas (Enlace Mapuche Internacional et al. 2015).

especialmente cuando se acumulan proyectos en cascada (Kumar y Katoch 2015b). Así las comunidades afectadas pueden verse forzadas a modificar sus cultivos tradicionales teniendo que elegir semillas que resistan mejor la escasez hídrica (Hennig y Harlan 2018); sus prácticas vinculadas con la silvicultura pueden verse perjudicadas al reducirse considerablemente las posibilidades de recolectar frutas silvestres (Kumar y Katoch 2015b; Kelly-Richards 2019)⁴¹; y la cantidad de alimentos procedentes de la caza y la pesca se ve también disminuida (Kelly-Richards et al. 2017b).

Los emprendimientos económicos vinculados al ecoturismo y a prácticas recreativas ven también cómo se reducen sus ingresos como consecuencia de la industrialización del paisaje y la menor disponibilidad hídrica (Kelly-Richards et al. 2017b; Kelly-Richards 2019; Xingang et al. 2012; Susskind et al. 2014; Panguilef 2015; Jofré 2017; Amnesty International et al. 2009; Enlace Mapuche Internacional et al. 2015), la contaminación acústica generada por la casa de máquinas (Kumar y Katoch 2015b), la deforestación (Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a) y la afectación de la flora y fauna autóctona.

Este conjunto de afectaciones pueden suponer una dificultad para la autonomía de las comunidades y una presión añadida para forzar el traslado de las zonas rurales a la ciudad (Antona 2016; Cultural Survival 2019).

⁴¹ La práctica de la medicina ancestral también se ve perjudicada por la disminución de plantas medicinales que utilizan las machis y la pérdida de propiedades de las aguas en las zonas afectadas por los proyectos hidroeléctricos (Kelly-Richards 2019; Crisóstomo-Loncopán 2019; Enlace Mapuche Internacional et al 2015).

2.2.3. Fragmentación cultural y espiritual.

Para comprender la naturaleza y el alcance de las afectaciones de las minihidros en el patrimonio cultural tangible e intangible del pueblo mapuche hay que hacer referencia a la relación entre la sociedad mapuche y la naturaleza y muy particularmente a la cosmovisión y ontologías (formas de ser y estar) mapuche en relación a sus espacios territoriales, el agua y los ríos.

2.2.3.1. Ontologías mapuche vinculadas al territorio.

Para los mapuche el *mapu* (territorio) tiene una dimensión física y otra espiritual (Kelly-Richards 2018). Como señala el *werkén* del Parlamento Koz Koz, “*el territorio se tiende a ver como la parte superficial de la tierra y a veces el subsuelo, pero para el mapuche es más, es el aire, el mar, las energías...*” (Weke 2017b). Esta comprensión holística del territorio está estrechamente relacionada con el mito fundacional del pueblo mapuche. El origen del pueblo mapuche reside en una misma energía o *Newen* que crea al *Che* (hombre-mujer) y al *Mapu* (lugar donde habita el *che*). La vida se genera a partir de unas fuerzas espirituales (*newen*) que se encarnan en un cuerpo, en las especies animales y vegetales, en la materia (rocas, piedras, etc.) y en los fluidos (aire, agua y fuego) y que a su vez pueden formar parte de la persona (Antona 2011, 2014). Al constituir parte de un mismo origen, todos los seres estén conectados espiritual y materialmente (Marileo 2000, citado en Ceballos et al. 2012) y por eso, para la ontología mapuche, naturaleza y sociedad son una misma cosa e indisolubles (Cepeda 2021). Bajo esta racionalidad, el *che* (persona) es un *newen* más en la naturaleza o cosmos que debe compartir existencia en plano de igualdad con los otros *newenes* del “mundo viviente” (Antona 2011). En

palabras de Belén Curamil: “*para el pueblo mapuche la tierra y sus elementos: ríos, montañas, bosques, agua y aire, aves y animales hablan, sienten, respiran, se alimentan y conviven para ser una comunidad donde el ser humano es uno más en ese vivir*” (Curamil 2019). Como todos los seres tienen el mismo rango e importancia, las relaciones entre el *che* y el mundo viviente deben regirse por los principios de horizontalidad, reciprocidad (*kejuwün*) y respeto (*yam*) con el fin de que el *che* pueda convivir en armonía con las otras personas, con las distintas especies y elementos de la naturaleza y con las diversas entidades sobrenaturales que habitan en el territorio (Antona 2011, 2014)⁴².

La ontología mapuche respecto a las relaciones que deben existir entre los mapuche y todas las formas de vida⁴³ que moran en el *Wall Mapu* se concreta en el principio regulador de *itrofill mogen*, el cual es básico para entender la relación de los mapuche con su entorno (Antona 2011, 2014). Etimológicamente, *itro* significa “*composición de muchas vidas que comparten simultáneamente el mismo espacio*”; *fill* alude a que “*todos tienen vida propia, pero que interactúan entre sí y son interdependientes, que cada una de las vidas vive en función del otro*”; y *mogen* quiere decir vidas. Por tanto, el concepto de *itro fill mogen* se refiere a “*millones de*

⁴² Desde esta concepción de la relación entre cultura y naturaleza es de donde emana una fuerte crítica al sesgo antropocéntrico de los derechos humanos que pone en peligro el orden del cosmos y la vida colectiva (Antona 2011) y es por ello que en los últimos años se ha promovido el reconocimiento como sujetos de derecho de elementos constitutivos de la naturaleza como puedan ser los ríos (Royo 2021; González 2020).

⁴³ El «mundo viviente» al que se refieren los mapuche está compuesto por personas, plantas, animales, piedras, agua, cerros, volcanes, lagos, mares, dioses, antepasados, *ngen*, *newen*, *weküfe*, etcétera (Antona 2011).

pequeñas vidas manteniendo toda la vida, que en suma es una sola gran vida” (Weke 2017a, 2017b). Así, el concepto *itrofill mogen* hace referencia a la “multiversidad” de vidas que existen en la naturaleza o *Wall Mapu* (Weke 2017a, 2017b), formando un todo interrelacionado donde nada funciona de forma independiente, donde el *che* es sólo una vida más con sus particularidades, pero no la única ni la superior, y donde el *che* se sitúa en el mismo nivel que el resto de los elementos y seres que componen el entorno y con los que se encuentra integrado por múltiples relaciones de interdependencia para lograr el equilibrio y la armonía (Domingo Rain 2003, citado en Antona 2011). Por consiguiente, hay que “*respetar todo lo que exista en esta tierra, nada existe por si solo en esta tierra, todo tiene su ngen*” (Llanquileo 2019). De esta manera, “*uno de alguna manera se hace parte del otro también, pierdes un poco tu individualidad, entonces te vas haciendo un ser colectivo, te vas haciendo, como diríamos nosotros, te vas haciendo mapuche*” (Crisóstomo-Loncopán 2019).

Consecuentemente, el concepto de *itrofill mogen* promueve un uso ético, responsable y sostenible de los recursos naturales, la preservación del hábitat y de la vida mapuche, la solidaridad social e intergeneracional, el mantenimiento de la cultura y la defensa de los espacios ancestrales de la acción de los no mapuche para tener un buen vivir (*Kume mogen*) (Antona 2011).

Asimismo, la noción de *itrofill mogen* denota una concepción holística y sacralizada del espacio de carácter

sobrenatural que incluye los componentes tangibles e intangibles del medio ambiente y articula la dimensión “ecológica” con la percepción religiosa y la problemática social, económica y política del *Wall Mapu* (Antona 2014). En consecuencia, los diferentes biotopos y ecosistemas naturales autóctonos que componen el *Wall Mapu* constituyen la infraestructura religiosa de la cultura mapuche, son sus “templos religiosos”, pues sólo a través de ellos es posible establecer la comunicación entre el mundo de los dioses y ancestros (*Wenu Mapu*) y el de los hombres (*Nag o Püjü Mapu*) (Antona 2011). El intercambio de energías entre los diferentes planos del universo se produce en los ecosistemas nativos del *Wall Mapu*, porque es allí donde los dioses y antepasados depositaron la fuerza o energía prístina vital, el *newen*⁴⁴, y donde habitan entidades sobrenaturales llamadas *ngen* a quienes los dioses y antepasados encargaron ejercer como intermediarios entre las personas y los dioses para salvaguardar el *newen*, regular el uso de los recursos naturales y velar por el cumplimiento de las normas del derecho propio (*Az Mapu*), infringiendo castigos y transmitiendo enfermedades (*küxan*), daños e incluso la muerte a los trasgresores de las normas que guardan relación con los *ngen* y los espacios naturales que protegen (Antona 2011, 2016)⁴⁵. Las normas que el

⁴⁴ Cada individuo y cada ser vivo tienen un *newen*, espíritu protector y generador de energía, el cual le dota de la fuerza física, mental y espiritual, y ése es su principal recurso para afrontar las dificultades de la vida. La conservación y renovación del *newen* es condición necesaria para el *küme felen* (estar bien) (Antona 2011, 2014, 2016).

⁴⁵ Las fuerzas o energías espirituales que gobiernan en el espacio otorgan ciertos poderes o propiedades a los elementos contenidos en él y sus plantas, animales, agua o barro adquieren significación especial para la cultura mapuche (Ceballos et al. 2012).

mapuche debe cumplir cuando entra en un espacio natural tutelado por un *ngen* están regidas por los principios de respeto y reciprocidad e incluyen pedir permiso para ingresar a su dominio; hacer una rogativa con ofrendas llamada *ngellipun* y justificar por qué se quiere acceder o utilizar cierto recurso natural y cuánto se piensa extraer para cubrir sus necesidades inmediatas; cumplir con el horario específico de ingreso; expresar agradecimiento al *ngen* una vez obtenido lo que se demanda; entregar un pequeño obsequio cuando se intercambia con el *ngen* fuera del ámbito de la propia reducción, ya sea mediante algunas migas de pan, granos de trigo y/o maíz, o alguna pequeña moneda (Grebe 1993).

Esta estrecha relación de naturaleza ética y religiosa con el territorio es la que vela porque los elementos naturales que lo constituyen no sean instrumentalizados o dañados por proyectos extractivistas (Antona 2011). Los mapuche entienden que a ellos se les encomendó la misión de proteger la tierra (“el *che* debe guardar el *mapu* por eso somos mapuche, gente de la tierra”, Kelv Tramamil, 2001, citado en Antona 2016) y que son responsables de mantener el orden sacralizado que expresa la manera correcta de ordenar los espacios naturales, regular el uso de los recursos y proteger las diferentes formas de vida existentes en el territorio (Antona 2011, 2016). Según el principio *itrofill mogen*, la autoría o procedencia de las agresiones y las transgresiones al *Az Mapu* no resulta determinante para el mantenimiento de la armonía, por lo que las acciones que infligen las empresas

Así, por ejemplo, muchos remedios (*lawen*) solo crecen en estos espacios (Huenupí-Relmucao 2019; Crisóstomo-Loncopán 2019; Pichicura 2019).

extractivistas al *Wall Mapu* siempre tienen consecuencias negativas para los mapuche (Antona 2011, 2016). De esta manera, las transgresiones al *Az Mapu*, como sucede cuando se realizan obras hidráulicas y proyectos extractivistas en los ecosistemas nativos, provoca la pérdida del *newen* en esos espacios y la expulsión de las entidades anímicas (*Ngen*) de sus lugares habituales (Crisóstomo-Loncopán 2019), lo que ocasiona que las fuerzas positivas que custodiaban estos espacios queden errantes y puedan ser atrapadas por un *kalku* (brujo) y ser utilizadas para el hacer “el mal”, o bien, generar una concentración excesiva de fuerzas maléficas incontroladas (*weküfe*) que convierta esos espacios en lugares peligrosos e insalubres para los mapuche (Antona 2011, 2016). Existen interesantes estudios empíricos que prueban cómo la construcción de CH sobre territorio mapuche provoca graves afectaciones en la religiosidad y cultura mapuche que finalmente se manifiestan en forma de alteraciones de la salud física y psicológica, enfermedades (*küxan*) e incluso fallecimientos de las personas mapuche que habitan en los territorios afectados (Castro et al. 2016). El propio abogado Hernando Silva da cuenta de cómo respecto al caso Neltume “*todos los que han estado con Endesa se han muerto. No, si esto es muy poderoso. Esto es muy poderoso. Se ha muerto mucha gente por tema de fuerzas del territorio, si los viejos le tienen pánico. Menos mal que ese proyecto ya se cayó*” (Silva 2017).

En definitiva, la defensa de los espacios naturales del territorio mapuche frente al desarrollo de proyectos extractivistas está directamente vinculada a la protección de la vida y bienestar del *che* (personas), ya que constituyen el refugio de las entidades (*ngen*) que se encargan de

custodiar y velar por las fuerzas protectoras de la vida (*newen*) y por los remedios (*lawen*) que permiten curar la enfermedad, reparar las transgresiones y restaurar el equilibrio y las relaciones sociales (Antona 2011; Crisóstomo-Loncopán 2019). Si bien esta relación moral-espiritual con la naturaleza permite a los mapuche mantener el equilibrio ecológico de sus hábitats en condiciones de normalidad, el activismo ambiental mapuche y la lucha por el territorio no se explican por preocupaciones conservacionistas del paradigma ecologista, sino que deben entenderse como una lucha por la vida y por preservar la identidad cultural y la forma de vida propia (*az mogen*) (Antona 2011). En palabras de Belén Curamil, quien recogió el Premio Goldman otorgado a su padre, Alberto Curamil, como reconocimiento a su lucha frente a los proyectos hidroeléctricos en la comuna de Curacautín: *“la lucha mapuche es una lucha ecológica, es una lucha por la vida y su continuidad, mapu es la tierra y todo lo que existe, che somos nosotros o personas que la habitamos, entonces somos gente de la tierra, cuyo mandato principal es proteger todo aquello que hace posible la existencia basado en una espiritualidad conectada con los elementos naturales”* (Curamil 2019). Así, la fragmentación territorial y ecosistémica que generan las minihidros y los proyectos extractivistas suponen un daño irreversible para la autosuficiencia de las comunidades y un golpe letal para el sistema ideológico-religioso del pueblo mapuche que provoca el quiebre del equilibrio socioespiritual y psicobiológico y, por este motivo, la defensa del territorio se erige en una obligación moral y religiosa de carácter atemporal e intergeneracional con la que los mapuche están fuertemente comprometidos (Antona 2011). Las palabras del

werkén del Parlamento Koz Koz reflejan este compromiso y determinación del pueblo mapuche en la defensa territorial ante la amenaza que suponen la llegada de proyectos hidroeléctricos (CH Neltume): *“fue una acción hecha concreta para decir que aquí estamos de pie, aquí nada es tan fácil de llegar y construir y que vamos a seguir defendiendo el territorio cueste lo que cueste”* (Weke 2017b).

La potencial afectación a lugares de significación cultural y espiritual como consecuencia del desarrollo de proyectos hidroeléctricos ha sido uno de los motores más frecuentemente invocados por las comunidades mapuche en sus movilizaciones para confrontar el despojo territorial, muy especialmente cuando se han visto amenazados el *newen* y los *Ngen* que se encuentran en esos espacios. Un ejemplo paradigmático es la oposición liderada por la machi Millaray frente al proyecto de la CH Osorno, de la empresa estatal noruega Statkraft, cuya finalidad es proteger un complejo religioso y ceremonial ubicado en el río Bueno donde habita el *Ngen* Kintuante (González 2017b). La ocupación o destrucción de estos espacios se considera como una estrategia de inmovilización y debilitamiento hacia los mapuche (Antona 2011; Crisóstomo-Loncopán 2019). Los líderes mapuche se refieren a los ecocidios y destrucción de hábitats autóctonos que ocasionan los proyectos extractivos de las empresas hidroeléctricas como prácticas de un etnocidio planificado que no debieran contar con la complicidad del Estado (Weke 2017b), cuyos efectos se manifiestan en una violencia física (despojo hídrico, fragmentación territorial y social y

enfermedades⁴⁶, a los que se suma la criminalización de la protesta social, la militarización de los territorios y los abusos de las fuerzas del orden público⁴⁷) y en una violencia simbólica (extractivismo cognitivo y ontológico) (Cepeda 2021; Kelly-Richards 2018; Grosfoguel 2016) que pretende dejar inerme a las comunidades y desarraigarlas de sus valores, sistemas de creencias y prácticas cotidianas ritualizadas que se orientan a renovar o mantener el *newen*, mostrar respeto a los dueños de los espacios o dar las gracias a los ancestros (Antona 2011, 2016).

2.2.3.2. *Ontologías mapuche vinculadas al agua.*

En lo que concierne a la ontología relacional mapuche ligada al agua, la cosmovisión mapuche entiende que es un componente vital y sagrado del territorio que permite la reproducción de la vida y que se conecta con dimensiones espirituales de alto contenido simbólico para

⁴⁶ Weke relata cómo la llegada de proyectos hidroeléctricos en Panguipulli provocó la división entre las comunidades mapuche y el fallecimiento de algunos de “los más férreos opositores y los que colocaron la cara directamente con la empresa, una cosa extraña ahí”, que atribuye al grado de estrés que tuvieron que soportar estas personas durante la resistencia contra los proyectos hidroeléctricos y a que dedicaban más tiempo a la lucha que a su salud y a buscar una sanación (Weke 2017b).

⁴⁷ Múltiples organismos intergubernamentales y no gubernamentales han dado cuenta de la violencia sistémica y la criminalización que el Estado chileno dirige hacia las comunidades mapuche para aplacar la protesta social que surge como respuesta a la proyección de proyectos hidroeléctricos y extractivistas vinculados con la colonización comercial del territorio mapuche. Esta violencia se canaliza por medios como la desproporcionada, discrecional, preferente y casi exclusiva aplicación de la Ley Antiterrorista a los activistas mapuche, periodos de prisión preventiva excesivamente largos, el uso de testigos anónimos en el procesamiento de mapuches en aplicación de la legislación antiterrorista, un uso excesivo de la fuerza por parte de agentes de Carabineros y la Policía de Investigaciones en redadas o allanamientos de las comunidades mapuches, muchos de los cuales son realizados sin tener orden de registro, de la cual también han sido víctimas mujeres, ancianos y niños mapuche, y que en ocasiones ha comportado un uso desproporcionado y potencialmente letal de armas de fuego, la falta casi total de responsabilidad por los delitos de violencia excesiva contra los mapuches durante esos allanamientos y la falsificación de pruebas por parte de los cuerpos policiales para incriminar a ciudadanos mapuche (Emmerson 2014; Anaya 2009b; Kiai 2016; INDH 2019; INDH 2014; INDH 2013c; Cultural Survival 2019; Cultural Survival 2015; Fundación 1367 2015; UNPO 2013; CERD 2013; Observatorio Ciudadano et al. 2013).

los mapuche (Ortiz 2014). Si bien en la cultura mapuche coexisten la mirada primigenia del agua dotada con un sentido profundo espiritual con una visión más funcional del vital elemento desde el punto de vista biológico, la relación de la cultura mapuche y el agua se funda sobretodo en una relación de profundo respeto y sacralidad (Ortiz 2014) ya que constituye un elemento sustancial de la espiritualidad mapuche (Calfullan 2018). Representantes mapuche del sector Trankura en Kurarrehue afectados por la minicentral Añihuerraqui lo expresan en los siguientes términos: *“el agua para nosotros es como la sangre que corre por nuestro cuerpo, el agua para nosotros es vida, el agua para nosotros es salud, el agua para nosotros es pureza”* (Coñequir 2019), pero también *“es importante porque aquí (cascada-trayenko) es donde nosotros concentramos las ceremonias, para nosotros existen cuatro aguas sagradas como le llama el winka ¿ya?, el wüfko, tray tray ko, trayenko, trawunko. Son aguas que a nosotros nos dan la pureza y nos dan la sabiduría para seguir adelante en nuestras ceremonias y a esa agua uno le tiene que tener mucho respeto”* (Crisóstomo-Loncopán 2019).

De estas palabras se desprende cómo para los mapuche, el “agua buena” está vinculada al equilibrio, a la riqueza material, a la buena salud y a la buena educación y es un elemento nuclear en la consideración del buen vivir o *küme mogen* pues para las comunidades la dinámica cultural asociada al ciclo hídrico establece una asociación directa entre la protección de las especies nativas, las acciones de los hombres y el comportamiento de las entidades sobrenaturales encargadas de la protección del entorno y de todos los seres que en él habitan (Antona 2011, 2014). Para la cosmovisión mapuche, el agua cristalina es el espejo donde se refleja la pureza o contaminación del

espíritu del *che*, el cual sólo se hace «visible» en aguas corrientes y cristalinas, y por este motivo, el agua ocupa un lugar especial en el diagnóstico para determinar la etiología de la enfermedad y del malestar (Antona 2011, 2014).

El respeto hacia la sacralidad del agua se manifiesta en las formas de proceder cuando alguien va a hacer uso de un cuerpo de agua o cuando las *machis* hacen uso de los remedios y plantas medicinales que crecen en estos ecosistemas acuáticos. Para el conocimiento ancestral las aguas tienen un *Ngenko*, es decir, seres espirituales dueños del agua y que “cuidan” de ciertos espacios hídricos, distinguiéndose específicamente el *ngen-trayenko*, espíritu dueño del agua de vertiente, y el *ngen-lafkén*, espíritu dueño del lago o mar (Grebe 2000). Así, antes de hacer uso del cuerpo de agua o de la planta medicinal que crece en ese ecosistema acuático se hace una rogativa y se pide permiso al *Ngenko* mediante el *ngellipun* para mostrar respeto⁴⁸ y después se le da las gracias y se le ofrece algo a cambio (*mañentun*) para que tenga buen *newen* (energía vital y espiritual) y pueda perdurar mucho tiempo como protector de las aguas (Crisóstomo-Loncopán 2019). Es importante dar

⁴⁸ Pedro Pichicura (Didaico) aconseja “nunca olviden esto: donde quiera que se encuentren, vayan o entren a un espacio, deben llevar el *rakizuam* (pensamiento) de que el agua es fuerza y así también deben respetar el agua, no deben llegar, entrar y tomar agua desde el pozo, no llegar, entrar y bañarse en el lago o en los nacimientos de agua, antes deben hacer *ngellipun*, pidiendo permiso al *Gnechen*, al *Ngen Ko*, al *Ngen Mapu*, después de esto pueden lavarse la cara, sacar agua o beber agua. El mapuche no llega e ingresa a fuentes de agua. Entonces cuando otros vean que los mapuche son respetuosos y valoramos el agua dirán: ellos son mapuche” (Pichicura 2019). La machi Llanquileo (Boyeco) coincide al señalar que: “lo primero que les digo a las personas es que respeten al *Ngen*, al ser respetados los *Ngen*, ellos estarán contentos. Esta fuente de agua, que tiene mucha fuerza, este agua no está sola, si las personas entran sin pedir permiso les puede pasar cualquier cosa, se podrían enfermar, se podrían caer, en ocasiones la gente entra sin pedir permiso, entonces el *Ngen* se manifiesta de alguna manera para que lo vean, para que lo respeten” (Llanquileo 2019).

algo a cambio al espíritu cuidador de ese espacio hídrico cuando haces una rogativa “*porque así se mantiene el equilibrio de la fuerza, el equilibrio de la energía para que este mundo siga caminando equilibradamente, si no se nos va a desbalancear y eso puede ser complicado y traer problemas*” (Marin 2019).

Entre las distintas formas del agua los mapuche reconocen los *witrunko* o *witrukompun* (chorros o corrientes de agua de esteros cuyas aguas puras invitan a la realización del *wetripantu*), los *liloco* (aguas nacientes de las rocas), los *kayenko* (aguas que contienen abundantes piedras), los *metrenco* (agua sucia o con troncos), y los *cuyinco* (aguas arenosas). Las superficies planas (*laf*) llenas de agua forman mares y lagos (*lafken*) y las aguas en movimiento dan lugar a los *leufu* o ríos. También están las aguas subterráneas que afloran en los *menocos* (pequeñas lagunas de lodo), que se acumulan en *mallines* (pantanos) y *hualves* (humedales), y que persisten como *catricos* (o ríos subterráneos). Las *pire* (o nieves) de los macizos cordilleranos, las *mawün* (o lluvias), las *tromü* (o nubes), las *trayen* (o cascadas), los *relmu* (o arcoíris) completan el paisaje constituido en la cuenca (Skewes et al. 2012).

En la cultura mapuche existen una serie de ecosistemas asociados al agua que configuran lugares de significación cultural con características espirituales (y medicinales) muy importantes donde habitan seres y fuerzas espirituales (Ortiz 2014). Estos espacios son considerados culturalmente significativos debido a la presencia de *ngen* (dueño o administrador del espacio y de algunas especies vegetales) y *newen* (fuerza espiritual existente en todo el cosmos mapuche) (Ceballos et al. 2012). Otras propiedades que confieren significación cultural a

estos espacios son su utilización como sitios ceremoniales para rogativas relacionadas con el agua, constituir el lugar donde las *machi* reciben el don curativo, el crecimiento de plantas con poder medicinal y erigirse en espacios de reproducción de la vida comunitaria. Algunos de estos espacios asociados al agua culturalmente significativos son *menoko* (sitio pantanoso y presencia de vertiente), *trayenko* (agua que corre, cascada o chorrillo), *fotrako* (pantano o barrial), *chayako* (hoya con vertiente) y *wiñoko* (lugar donde un río o estero da una vuelta); el mallin (lugar inundado) y lewfu (río) (Ceballos et al. 2012).

Una buena parte de los proyectos minihidros presentan susceptibilidad de afectación a este tipo de espacios culturalmente significativos para el pueblo mapuche. Luz Huenupi Relmucao, presidenta de la comunidad mapuche Juan Meli (Melipeuco), denuncia cómo la proyección de la minicentral hidroeléctrica Rincón suponía atropellar su cultura y su religiosidad al afectar el espacio sagrado constituido por el salto de agua del Truful Truful. Del río “*parte nuestro ser, nuestro quimun* (sabiduría ancestral), *nuestro newen parte de aquí; entonces [para] nosotros el río Truful es [...] como un padre, aquí nosotros tenemos como nuestra iglesia, pero es natural, cuando la persona no mapuche no entiende esto, uno les dice, esto para nosotros es un altar*” (Huenupi-Relmucao 2019). Y, por consiguiente, las aguas de los ríos son sagradas y objeto de reverencia (Skewes y Silva 2007; Huenupi-Relmucao 2019). La construcción de minihidros hace que el agua de estos lugares pierda su *newen* y que desaparezcan plantas medicinales y la flora autóctona, por lo que los mapuche carecen de los elementos necesarios para realizar su *nguillapun* y la gente olvida lo que es ser mapuche (Huenteman 2019).

Las alteraciones de estos espacios nativos asociados al agua no sólo tienen consecuencias negativas para la economía y la ecología mapuche, sino también para su espiritualidad y bienestar físico y emocional, por tanto los mapuche consideran estas actividades como una estrategia sistemática de «profanación» del territorio mapuche por el *wigka* con objeto de culminar su colonización física a partir de su colonización simbólico-espiritual (Antona 2011, 2014). La desecación de esteros y humedades se conciben como pérdidas de fluidos vitales: cicatrices en el «cuerpo» social e individual y extracciones de órganos y miembros, cuando no como una liquidación física de los individuos a través de la destrucción de sus espíritus protectores y de sus almas. Por este motivo, el movimiento de oposición a la destrucción de los hábitats autóctonos refleja un fuerte componente religioso (Antona 2011, 2014).

2.2.3.3. *Ontologías mapuche vinculadas a los ríos.*

Para los mapuche los ríos, como todo lo que tiene que ver con las aguas, son sagrados (Cepeda 2021, Neihual 2019) y son una corriente que lleva energía (Skewes et al. 2012). Así, en la cosmovisión mapuche, los ríos adquieren un sentido religioso donde el fluir pasa a ser la condición básica de las cosas (Skewes et al. 2012). En palabras del *werkén* del Parlamento Koz Koz, “*los ríos son las venas de la Tierra, son seres vivos y libres a los que no puede cortárseles las venas por ninguna de sus arterias*” (Weke 2017b)⁴⁹. Así, el agua retenida y

⁴⁹ Otros argumentan que el agua para el mundo mapuche es el *mollfün* o savia de la Ñuke Mapu, que permite la existencia de todos los seres vivos que habitan en ella (Lemuy 2015).

estancada tiene una significación negativa para la cosmovisión mapuche ya que trae males y enfermedades; por el contrario, las aguas corrientes y libres tienen aspectos beneficiosos y positivos para las personas ya que en ellas habita el espíritu de las aguas (*Ngen*) (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche-Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2008).

Además, para los mapuche, “*la fuerza del río es vida telúrica, vida de los espíritus que se fundan bajo la tierra*” (Milanca 2019). Por eso los tramos de los ríos (*leulfun*) tienen un nombre distinto ya que contienen y transportan diferentes fuerzas espirituales (*ngen* y *newen*); así el curso alto, medio y bajo se nombran como *fütü*, *gibawe*, *mewbehko*, respectivamente (Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche-Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato 2008; Antona 2014). Además, como los ríos son como arterias por donde corre su *püjü*⁵⁰ y las fuerzas positivas, la retención o contaminación de las aguas no es sólo un problema ambiental para los mapuche, sino que constituye una agresión cultural y sanitaria, pues se entiende como un apresamiento, un envenenamiento o una succión del «alma» del pueblo mapuche que produce el debilitamiento de los *lof mapu* y *lof che* (Antona 2016). La disminución, modificación y contaminación de los cursos de agua que ocasionan las centrales de pasada conlleva la pérdida de las propiedades sagradas del agua de los ríos y ponen en peligro el mantenimiento del equilibrio, la realización de

⁵⁰ Espíritu heredado de los ancestros. Una de las “almas” del *che* (Antona 2011).

prácticas espirituales y el acceso a plantas medicinales (Enlace Mapuche Internacional et al. 2015).

En la cultura mapuche, los cementerios se sitúan habitualmente en las riberas de los ríos o en las inmediaciones del afloramiento de vertientes subterráneas, para que los espíritus de los ancestros viajen por sus aguas ya que los espíritus se mueven hacia “el lugar donde van las aguas” designado ‘*amunkowe*’ (Moulian y Rojas 2019). Por eso, para la cosmovisión mapuche, las corrientes de los ríos es donde habitan los espíritus de los ancestros y el *amunkowe* (movimiento de las aguas) es quien señala el camino que siguen los espíritus en dirección al *Wenu Mapu*, la tierra de arriba (Aylwin et al. 2019), de forma que el sonido de las aguas de los ríos se interpreta como las voces de los ancestros que te hablan (Crisóstomo-Loncopán 2019): “*Ven a hablar con sus aguas, escucharás a cada uno de tus antiguos, porque los antiguos hablan en el río ¿cómo estas custodio Tralkan? ¿Cómo estás custodio Wazalafkén? En tu camino me adentro en tu espíritu, caminaré tus aguas, tus aguas me enseñarán la vida, me verá yo mismo y mis antiguos, y todo vuelve a nacer, y todo vuelve a nacer, hasta otro día gran espíritu del Tralkán, hasta otro día gran espíritu del Wazalafkén*” (Milanca 2019).

Para el término «ataúd», los mapuches utilizan la palabra *wampu*, que también significa «canoa». Esto es un indicador de que la muerte conlleva un viaje a través del agua: a una isla, a un sitio allende los mares o, incluso, a través de un río (González 2001) ya que, según las creencias mapuche, la canoa es uno de los medios para pasar a la otra vida (Moulian y Rojas 2019). En el cielo estrellado los mapuche distinguen el *wenu leufu*, que significa el “río de arriba” y que

designa en mapudungun a la Vía Láctea. El término *wenu leufu* muestra la continuidad entre los planos de la tierra y el cielo, que se reflejan mutuamente (Moulian y Rojas 2019) y nos indica el río a donde llegan las almas de los muertos para luego retornar a la tierra y cumplir el mágico ciclo de la naturaleza. De esta manera, los ríos de la tierra y el gran río celestial son, a fin de cuentas, el mismo y único río por donde transita la ruta de las almas (Lavoz 2019).

2.2.3.4. *Extractivismo ontológico y cultural de las minihidro.*

Así las minihidros contribuyen también a un extractivismo ontológico, despojo no solo de *commodities* sino también cultural, se impide la reproducción de prácticas culturales y espirituales asociadas a los cuerpos de agua y la cultura mapuche entra en riesgo de desvanecer. Mediante la construcción de CH *“los seres humanos [...] tienen la capacidad de destruir esos espacios, entonces si hay un espacio que se ha determinado como sagrado y tú sacas lo que es sagrado de ahí afecta a lugares que muchas veces tienen esa categoría que son espiritualmente importantes, lo que haces es destruir nuestro espíritu, puede destruir ese espíritu, destruir esa parte de nosotros, esa parte de ese cuerpo al cual nosotros pertenecemos”* (Neihual 2019).

En definitiva, la proyección de CH en territorios mapuche plantea un choque de paradigmas y de saberes en torno al agua y los ríos (Cepeda 2021; Crisóstomo-Loncopán 2019; Kelly-Richards 2019). Por un lado, el paradigma mapuche, en el que el agua y los ríos son sagrados, no son propiedad de nadie ni son un bien que pueda ser comprado o transado en los mercados, donde se valora que sean libres, vivos y puros para que tengan buen *newen* y por tanto se rechaza toda infraestructura hidráulica que ponga en peligro estas cualidades, y donde son también

comprendidos como un bien común que sustenta las diferentes formas de vida. Desde el gobierno y las empresas se aboga, en cambio, por un paradigma liberal del agua, en el que el agua es concebida como un recurso económico y como una *commodity* susceptible de ser apropiada por particulares mediante la concesión de derechos de aprovechamiento y cuya disponibilidad y accesibilidad debe resolverse a través del mercado, y en el que lo sagrado no son las aguas libres sino las aguas domesticadas, aquéllas sobre las que se puede ejercer control y dirigir a antojo mediante obras de ingeniería civil, y en que la calidad de las aguas no se mide por su *newen* y pureza sino por la satisfacción de unas mínimas condiciones fisico-químicas (Mancisidor 2008; Skewes et al 2012). El *Werkén* del *lof* Trankura manifiesta la pugna entre los diferentes paradigmas del agua en los siguientes términos: “*hay una suerte de dos rakizuam (pensamientos) en esta tierra hoy en día en el Wallmapu, entonces esos dos rakizuam muchas veces les cuesta convivir; un rakizuam que solamente ve esto como un bien, como un recurso natural como le llaman y un rakizuam que ve esto como vida, que no ve esto solamente como agua, que no ve esto solamente como un recurso, sino que lo ve como algo necesario para el bienestar material y espiritual*” (Crisóstomo-Loncopán 2019).

Este choque de paradigmas en torno al agua y los ríos se confrontan en el marco de la expansión minihidroeléctrica hacia subcuencas más recónditas e inhóspitas y ha conducido a la proliferación de conflictos por el agua, tanto en su dimensión de accesibilidad y disponibilidad, como muy especialmente en su dimensión espiritual y religiosa por la afectación de espacios con significación cultural para los pueblos indígenas (Kelly-Richards 2018)

y por la desconsideración del Estado, las empresas y las consultoras hacia el entramado simbólico-ritual que constituyen los ríos para el pueblo mapuche (Salas-Astraín 2019). En estos conflictos motivados por el avance de la hidroelectricidad, lo más habitual es la imposición del paradigma liberal sobre el paradigma indígena por medio de diferentes mecanismos (muchos de ellos institucionales) que conducen a la invisibilización e infravaloración de los saberes mapuche y, en última instancia, a la intervención de los ríos, la afectación de lugares de significación cultural y el deterioro de la salud física y espiritual de las comunidades y personas mapuche: los proyectos menores a 3 MW no ingresan al SEIA; la mayoría de minihidros ingresan como DIA por lo que no se exige consulta indígena y los pocos que ingresan como EIA lo hacen mediante estudios antropológicos de mala calidad que niegan o minusvaloran la susceptibilidad de afectación a la cultura mapuche (Muñoz 2017), en lo que para algunos es una práctica deliberada de las empresas y de las consultoras contratadas a sabiendas de que pocas comunidades mapuche disponen de los recursos humanos y económicos para emprender acciones judiciales o administrativas contra las RCA (Leon 2020); la revisión política de los EIA por parte del Consejo de Ministros; los discursos del gobierno, empresas e ingenieros que sostienen que las minihidros son una fuente de energía limpia y que no genera afectación porque no represa ni contamina las aguas; y la propensión de las comunidades mapuche a resguardar sus lugares de significación cultural y sus prácticas ancestrales del conocimiento y la intromisión por parte de actores externos a sus comunidades que puedan suponer una amenaza (se ven forzados a exponer esos saberes y lugares cuando llega la amenaza de un proyecto hidroeléctrico) (Weke 2017b).

3. El andamiaje institucional.

La dictadura militar chilena (1973-1990) impuso la Constitución Política (CP) del año 1980 mediante la cual se instauró un marco normativo conocido como Orden Público-Económico (OPE) donde se privilegiaba el derecho al libre emprendimiento empresarial, la obligación del Estado de no inmiscuirse en actividades empresariales y la consolidación del derecho de propiedad como uno de los DF dentro del ordenamiento jurídico (Castro et al. 2016). Para promover el desarrollo económico del país, el sistema económico instaurado por la dictadura bajo los auspicios de los Chicago Boys y la aplicación de la doctrina del shock (Klein 2010), abogó por una explotación intensiva de los recursos naturales mediante la asignación de derechos de uso y aprovechamiento a particulares. Estos derechos de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales fueron regulados desde principios de los años ochenta mediante un conjunto de normas de carácter profundamente neoliberal conocidas como *leyes sectoriales*, entre las cuales se encontraban el Código de Minería, el CA, la Ley General de Pesca y Acuicultura, la Ley de Concesiones Eléctricas, el Decreto Ley 701 de Fomento Forestal, la Ley de Bosque y la Ley de Concesiones Geotérmicas (Castro et al. 2016). Todas las leyes sectoriales se fundamentan en un régimen concesional (Silva 2017) y en el libre mercado (Bauer 2015a), ya que lo que se prioriza es garantizar la seguridad jurídica de la propiedad privada y defender el mercado como principal instrumento distribuidor de bienes y servicios. Si bien estas leyes sectoriales reconocen que los recursos naturales pertenecen al Estado, también contemplan la concesión de recursos naturales y bienes comunes por parte del Estado a particulares para su propio uso, lo que

conllevar otorgar una especie de derecho de propiedad sobre los mismos y permite su posterior introducción en el mercado (Susskind et al. 2014). Posteriormente, ya con el cambio de siglo y gobiernos democráticos, se aprobaron reformas legislativas en el CA y la Ley General de Servicios Eléctricos en Materia de Energía Eléctrica (Ley N° 19.674) (LGSE) con el propósito de perfeccionar la forma en que el mercado venía operando, incentivar la competencia, estimular la inversión en el sector energético, poner fin a la especulación por parte de los titulares de esos derechos de aprovechamiento y diversificar la matriz energética (Maillet y Rozas 2019; Bauer 2015a). Más recientemente, también se adoptaron en los marcos normativos sectoriales nuevos estándares ajenos al paradigma neoliberal que guardan relación con la protección del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas y que son relevantes a la hora de evaluar la gobernanza de los proyectos hidroeléctricos en Chile (Kelly-Richards 2018; Bauer 2015a).

De todas maneras, a través de este bloque normativo integrado por las leyes sectoriales se ha impuesto un régimen de privatización y aprovechamiento industrial de los recursos naturales, que ha generado una mercantilización de uso y aprovechamiento del territorio ancestral de los pueblos indígenas y una mayor presión por parte de inversores privados sobre los territorios mapuche del sur de Chile (Castro et al. 2016, Susskind et al. 2014; Orrego 2017), lo que ha puesto de manifiesto las debilidades del marco sectorial ambiental e indígena para garantizar la protección de los derechos indígenas y de sus territorios ancestrales (Kelly-Richards 2018) y evitar la proliferación de conflictos (Susskind et al. 2014).

Las decisiones correspondientes al desarrollo eléctrico están en manos de actores privados, la mayor parte extranjeros, y en función de la demanda energética de sectores intensivos en el uso de la energía como la minería. Esta presión que ejercen los inversores privados sobre los territorios mapuche se ha materializado en muchas ocasiones mediante proyectos hidroeléctricos, ya que el marco legal existente, en la práctica, fomenta un mayor desarrollo hidroeléctrico por sobre los demás usos del agua y de las cuencas. La eficiencia y competitividad sobre las que sustenta el desarrollo de la hidroelectricidad responde no solo a las características de esta tecnología, sino que es el resultado de una decisión política e institucional recogida tanto en el CA (1981) como en la Ley Eléctrica (1982) para favorecer esta fuente de generación por sobre de otras (Prieto y Bauer 2012; Larraín y Schaeffer 2016).

En definitiva, la gobernanza de la hidroelectricidad en Chile se fundamenta por una lado en una institucionalidad eléctrica y de propiedad y gestión de los recursos hídricos no sancionada democráticamente pero sí sostenida por los sucesivos gobiernos democráticos que fomenta y privilegia la hidroelectricidad (Prieto y Bauer 2012) y, por el otro, en una institucionalidad ambiental e indígena que no garantizan una apropiada evaluación y fiscalización de los proyectos de inversión para proteger el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas, conformándose así un régimen de gobernanza del desarrollo hidroeléctrico que promueve la implantación de un modelo de desarrollo principalmente extractivista que se impone a las comunidades y los territorios mapuche (Larraín y Schaeffer 2016).

3.1. Institucionalidad hídrica.

3.1.1. La excepcionalidad del modelo de aguas chileno.

Si bien el modelo chileno de leyes de agua y gestión de los recursos hídricos no es el único en el mundo con un “enfoque de libre mercado” y que reconoce derechos de propiedad privada sobre las aguas (Donoso 2020; Bauer 2015a; Bauer 2016), sí que ningún otro país ha otorgado derechos privados de aguas de manera tan incondicional y desregulada como Chile (Bauer 2016; Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL 1995) bajo el paraguas de un derecho de propiedad consagrado en la CP (Weisner 2007). La excepcionalidad del llamado modelo chileno de aguas, caracterizado por este neoliberalismo extremo (Bauer 2016; Burchi 2012; Larraín y Poo 2010; Orrego 2017), se ve además reforzada por la falta de incorporación en el ordenamiento jurídico interno de normas y principios del derecho internacional de aguas (instrumentos de derechos humanos, tratados sobre aguas transfronterizas, Directiva Marco del Agua de la UE) que en cambio sí han venido incorporando modelos regulatorios de otros países de la región (Yáñez 2014). Esta excepcionalidad del modelo privado de aguas chileno lo convierte, en opinión de los movimientos sociales, en el más inhumano existente en todo el planeta (Mundaca 2020).

3.1.2. El Régimen jurídico de aguas chileno.

3.1.2.1. *Características generales.*

Según la doctrina nacional dominante liderada por el profesor Vergara Blanco, las fuentes del Derecho de Aguas en Chile estarían constituidas principalmente por el Decreto Ley N° 2.603, de 1979; el art. 19 N°23 y N°24 de la CP de la República de 1980; y, el CA de 1981, con sus modificaciones posteriores⁵¹ (Vergara et al. 2017), las cuales sostendrían un modelo de gestión de los recursos hídricos regido por los siguientes principios: introducción de un sistema de derechos económicos privados fuertes denominados DAA cuyo objetivo es garantizar a sus propietarios la máxima seguridad jurídica en el uso y disposición de un determinado volumen de agua en forma exclusiva; la libre circulación de los DAA en un mercado de aguas para su asignación a usos de mayor valor sin salvaguardas que protejan el interés público; severa restricción de la autoridad reguladora y de la actividad económica del gobierno (Estado subsidiario); organizaciones privadas de usuarios que gestionan y distribuyen el agua a nivel local sin formar parte de la Administración del Estado⁵²; y amplia autoridad del poder judicial que desarrolla un fuerte protagonismo en la resolución de los conflictos por el agua (Bauer 2015a; Yáñez 2014; Banco Mundial 2013; Lovera 2017; Castro et al. 2016; Vergara y Rivera 2018; Peña 2018; Mansilla 2021).

La doctrina dominante señala estas fuentes del derecho de aguas para justificar la privatización de los recursos hídricos en Chile. Sin

⁵¹ DL 1.122 de 1981 (CA) y leyes 20.027 de 2005 y 20.099 de 2006, que modifican el CA.

⁵² En el modelo chileno coexisten instituciones centralizadas (DGA) y descentralizadas (Organizaciones de Usuarios de Agua, entre las que se encuentran las Juntas de Vigilancia, Asociaciones de Canalistas y Comunidades de Aguas) para la gestión de los recursos hídricos (Vergara and Rivera 2018).

embargo, algunos trabajos apuntan a la necesidad de un cambio de paradigma del derecho de aguas en Chile sosteniendo que las fuentes del derecho de aguas en Chile incluirían también el art. 595 del Código Civil, la normativa medioambiental y de protección de los pueblos indígenas, y los tratados internacionales de derechos humanos en base a la doctrina del bloque de constitucionalidad (Yáñez 2014; Yáñez 2015a; Yáñez 2015b)⁵³.

3.1.2.2. *El agua como bien nacional de uso público.*

El CA y el Código Civil incorporan la noción de *publicación o demanialidad* del agua al conferir al agua la naturaleza de bien nacional de uso público⁵⁴, cuyo dominio pertenece a la Nación y su uso a todos los habitantes de la Nación (art. 589 Código Civil); por tanto, estaría fuera del comercio humano para consagrarse al servicio de los intereses superiores que emanan de su particular condición jurídica (Yáñez 2014; Yáñez 2015a; Yáñez 2015b; Celume 2011; Vergara et al. 2017)⁵⁵. Sin

⁵³ Hoy día cada vez son más las voces que reclaman la necesidad de reconocer el derecho humano al agua en el ordenamiento interno e incluso desde sectores defensores de la lógica del modelo chileno de gestión de los recursos hídricos se apoya también una reforma que incorpore el reconocimiento de la priorización del consumo humano en los usos del agua, siempre y cuando dicho reconocimiento se limite a la provisión de agua potable y saneamiento y se regule de forma adecuada su contenido y alcance para poder tener seguridad jurídica y contribuir eficazmente a la gestión de los conflictos hídricos (Vergara 2014; Rivera et al. 2020; Rivera 2017b). Desde estos sectores entienden que debería efectuarse un reconocimiento constitucional o legal del uso prioritario del agua para consumo humano que incluyera la cantidad mínima y máxima que satisficiera las necesidades humanas de uso personal y doméstico e incorporara los supuestos cuando sería aplicable dicha priorización: procedimientos relativos a la asignación originaria o al ejercicio de DAA y condiciones particulares de escasez o sequía (Rivera et al. 2020).

⁵⁴ Art. 5 del CA y art. 595 del Código Civil.

⁵⁵ Respecto a la condición de bien nacional de uso público del agua, existen diferentes interpretaciones dentro de la doctrina chilena. Por un lado, los que entienden que en la lógica del sistema chileno los “bienes nacionales de uso público” no son sinónimos de los bienes públicos en el Derecho continental tradicional y que la noción de bienes públicos o publicación del agua no debe construirse desde su titularidad (o elemento

embargo, los efectos jurídicos del reconocimiento de la demanialidad del agua quedan desdibujados por el modelo de privatización de los recursos hídricos establecido por la CP y el propio CA (Yáñez 2014; Yáñez 2015b; Observatorio Ciudadano 2013; Mundaca 2020; Celume 2011), donde se reconoce que el agua es también un bien económico (Bauer 2016) y se consuma su privatización mediante la concesión a particulares de DAA en forma gratuita y a perpetuidad y sin fijar (originariamente) límites a dicha concesión (Larraín 2014; Larraín y Poo 2010; Mundaca 2020; Castro et al. 2016)⁵⁶. Los derechos que emanan de

subjetivo), sino desde su finalidad (o elemento teleológico). De esta manera, no habría titularidad previa que respetar, sino sólo el cumplimiento de un fin de interés general, por lo que la publicación sería excepcional y sólo se admitiría en aquellos casos en que la satisfacción de ciertos intereses públicos no pudiera ser lograda acudiendo a la lógica de la propiedad privada (Celume 2011). En sentido contrario, Atria y Salgado asumen que el titular de los bienes nacionales de uso público es el Estado, ya que el Estado es la personificación jurídica de la Nación y, en consecuencia, defienden el dominio público respecto de las aguas. Estos autores entienden que el derecho chileno destina ciertos bienes como el agua a la esfera del dominio público para satisfacer fines de interés general que no pueden quedar condicionados a la voluntad de los particulares y a un régimen como el de la propiedad privada (Atria y Salgado 2015). Estas distantes miradas doctrinales comportan una comprensión también diferente respecto a la naturaleza de los DAA: como derecho público subjetivo en el primer caso y como derecho real administrativo en el segundo (Centro UC Derecho y Gestión de Aguas 2016). Otros autores como Vergara indican que no es necesaria la connotación de los bienes nacionales como bienes de uso público y proponen su sustitución por el concepto de bien comunal, donde lo que importa es la gestión que hacen las juntas de vigilancia y demás organizaciones de usuarios de las aguas (Centro UC Derecho y Gestión de Aguas 2016).

⁵⁶ El Estado, a través de la Administración, entrega mediante la concesión una facultad o derecho al interesado, de forma que el concesionario siempre adquiere un derecho *ex novo*, esto es, adquiere un derecho del que carecía antes de la intervención concesional (Vergara 2004b). Los defensores de la institución concesional del derecho de aguas chileno sostienen que ha servido para conciliar el interés del particular de adquirir un DAA y satisfacer su deseo de obtener ventajas económicas, con el interés del Estado de satisfacer el interés público, permitiendo y promoviendo la utilización de las riquezas naturales, sin menoscabo del interés común (Vergara 2004b). Los críticos con el modelo, en cambio, rebaten que el agua debe ser un bien común y no entenderse como un recurso al servicio de una mirada del desarrollo basada en la explotación de la naturaleza que no considera los sentidos y significados culturales de este elemento, ni a los pueblos, el medioambiente y las formas de vidas de las comunidades (Mundaca 2020) y denuncian que Chile no es dueño de una sola gota de

la condición de *demanialidad* del agua no gozan en el marco constitucional chileno de los resguardos que protegen los DAA de los particulares, los cuales están amparados constitucionalmente por el derecho de propiedad⁵⁷ y, de esta manera, el derecho de propiedad de los particulares sobre las concesiones de agua se superpone a su condición de bien nacional de uso público y la transforma en letra muerta (Yáñez 2014, 2015a, 2015b; Observatorio Ciudadano 2013; Larraín, 2014; Mundaca 2020; Celume 2011). Desde el momento que se concede el DAA a particulares no regresa al patrimonio público y la administración pierde definitivamente las facultades de incidir en el proceso de (re)asignación del DAA ya que no existe regla de caducidad en el régimen de aguas chileno, salvo el pago de una patente por la no utilización de las aguas⁵⁸, que si bien impone como sanción la caducidad del derecho por el impago de dicha patente, da lugar a un procedimiento judicial que ordena su subasta en un remate público para el aprovechamiento exclusivo de un nuevo adjudicatario, lo que permite sostener que la condición jurídica del agua de bien nacional de uso público pierde irrevocablemente todo su contenido jurídico⁵⁹, salvo para

agua dulce en el país (Sacaluga, 2007) y que el 100% del agua se ha privatizado, lo que hace de Chile un país único en el mundo por su gestión de los recursos hídricos (Orrego 2017).

⁵⁷ Garantía constitucional recogida en el art. 19, n° 24, inciso 11°: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

⁵⁸ Mecanismo establecido a partir del año 2005 con la reforma introducida al CA por la Ley 20.017.

⁵⁹ Varios autores en la doctrina admiten que no existe antinomia que le pueda ser imputada al legislador por reconocer el agua como bien nacional de uso público (art. 5 CA) y al mismo tiempo otorgar a los titulares la propiedad sobre los DAA (art. 19 N°24 CP), pero resaltan que ello vacía de contenido el concepto de dominio público (Atria y Salgado, 2015; Mundaca 2020). Si bien la creación de DAA no cambia la condición jurídica de bien nacional de uso público de las aguas corrientes (Celume 2011; Rivera 2020), la creación de medios de exclusión como los derechos de extracción privativos termina económicamente por privatizar el recurso hídrico

efectos de conferir a los particulares el derecho de usar a perpetuidad este bien público (Yáñez 2014).

3.1.2.3. *Derechos privados de aprovechamiento de las aguas (DAA).*

Los DAA derivan de una concesión administrativa y tienen la naturaleza jurídica de un derecho real de aprovechamiento gratuito, exclusivo, y a perpetuidad, que confiere al titular el derecho de propiedad⁶⁰ sobre dicho derecho real y, por tanto, la plena potestad para disponer del derecho que es transferible, transmisible y prescriptible sin ninguna restricción, permitiendo así la reasignación vía mercado de los recursos hídricos y su adjudicación a quien esté dispuesto a pagar un mayor valor (Yáñez 2014; Observatorio Ciudadano 2013; Castro et al. 2016)⁶¹.

Los DAA se constituyen mediante un acto administrativo que emana de la DGA y en casos excepcionales del Presidente de la República o por un acto de reconocimiento legal (art. 147 bis y 114 CA)

(Celume 2011; Rivera et al. 2016) y convertir el agua en un objeto de lucro, usura y exclusión (Mundaca 2020) y en causa de conflictos (Bauer 2015b, Budds 2009). Esta *propietarización* de los DAA es catalogada en la doctrina de artilingio (Bauer 2020), estrategia (Costa 2020) o trampa y tecnicismo (Atria 2020) para terminar privatizando por la vía de los hechos un bien nacional de uso público que no debiera poder ser privatizado (Costa 2020) y que ni siquiera la dictadura se atrevió a decir que estaba privatizando (Atria 2020).

⁶⁰ La protección del DAA mediante la técnica de la *propietarización* dota a dicha titularidad de todos los caracteres propios de un derecho de propiedad pleno de forma que los DAA adquieren particularidades especiales como derecho definido, exclusivo, transferible, ejercitativo y perpetuo así como limitaciones a la expropiación, a las restricciones a las facultades de uso, goce y disposición y a la esencia del dominio (Celume 2011).

⁶¹ El CA también contempla la posibilidad de “reconocer” DAA a partir del uso consuetudinario de las aguas (Alejandro Vergara 2017) siempre que haya sido ejercido en forma, tranquila, ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad por más de cinco años a la fecha de entrada en vigencia del referido Código (art. 2 Transitorio del CA). Si bien esta disposición ha sido empleada por parte de comunidades indígenas para formalizar sus titularidades sobre un DAA (Rivera 2017a), la vía concesional ha sido la más comúnmente utilizada por los usuarios de aguas (Vergara y Rivera 2018).

y se definen en volumen de agua por unidad de tiempo (Celume 2011). El procedimiento de constitución de DAA está reglado en el CA en los arts. 130 y siguientes (Yáñez 2014; Observatorio Ciudadano 2013). Cualquier particular, al margen de los derechos de propiedad sobre el suelo y subsuelo por donde escurren las aguas (Observatorio Ciudadano 2013; Larraín y Poo 2010; Larraín 2014; Castro et al. 2016; Susskind et al. 2014)⁶², puede solicitar la constitución de nuevos DAA a la DGA y la autoridad administrativa está obligada a emitir una resolución constitutiva de los derechos que se solicitan siempre y cuando no se produzca afectación a terceros o colisión de intereses con otra solicitud por las mismas aguas; exista disponibilidad del recurso hídrico en la cuenca u hoya hidrográfica; y se respete el caudal mínimo ecológico que establece la ley desde el 2005 (Yáñez 2014; Rivera 2020; Observatorio Ciudadano 2013; Vergara et al. 2017; Bauer 2016). En el caso de que reciban varias solicitudes por las mismas aguas, la DGA abrirá un proceso de subasta en remate público y entregará los DAA al mejor postor (Observatorio Ciudadano 2013; Susskind et al. 2014; Bauer 2016; Yáñez 2014; Vergara y Rivera 2018), siendo el único supuesto en que la adjudicación de nuevos DAA pierde su carácter de gratuidad y se generan por acto oneroso (Baltra 2009, citado por Yáñez 2014; Observatorio Ciudadano 2013)⁶³. Cuando terceros se sienten afectados por la constitución de un DAA pueden oponerse a las solicitudes (Observatorio Ciudadano 2013; Rivera et al. 2016; Rivera 2017a; Vergara et al. 2017; Susskind et al. 2014) y el Director General de Aguas

⁶² El CA de 1981 separó el agua del dominio de la tierra por primera vez en la historia de Chile (Bauer 2015b; Bauer 2016; Larraín y Poo 2010) para favorecer la actividad hidroeléctrica y minera (Larraín 2014).

⁶³ La proporción de nuevos DAA constituidos por medio de subastas ha sido mínima (Vergara y Rivera 2018).

resolverá la controversia. Una vez constituido el derecho por acto de autoridad, las futuras transacciones que hace el titular a través del mercado son onerosas, pero las contraprestaciones que reciba no ingresan al patrimonio fiscal, sino al patrimonio personal del titular del DAA (Yáñez 2014; Observatorio Ciudadano 2013).

3.1.2.4. Preferencias institucionales por la hidroelectricidad en la constitución de DAA.

El CA crea una nueva categoría de DAA (arts. 13 y 14 CA) distinguiendo entre derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos (DAAC), donde el titular del derecho puede consumir las aguas sin que estas deban ser devueltas a su fuente para ser reutilizadas por otro usuario (caso de la minería, riego, industria y uso doméstico) y DAANC, que otorgan el derecho de utilizar el agua pero sin consumirla, de manera que el titular del DAANC debe devolver el agua a su fuente y no afectar derechos de terceros en lo que refiere a la cantidad, calidad y oportunidad de uso del agua (caso de la hidroelectricidad o piscicultura) (Bauer 2015a; Bauer 2016; Dirección General de Aguas - DGA 2016; Lovera 2017; Vergara et al. 2017; Celume 2011)⁶⁴.

Conceptualmente, los DAANC deberían incluir los usos de carácter recreacional, estético, cultural o de conservación del agua (Lovera 2017; Bauer 2016). Sin embargo, el régimen jurídico del agua en Chile excluye estos usos de la concesión administrativa original de DAANC ya que únicamente contempla la asignación de derechos de aprovechamiento sobre recursos hídricos para usos productivos y extractivos (Prieto y Bauer 2012; Prieto 2008; Lovera 2017; Castro et

⁶⁴ Hay que tener presente que las CH con capacidad de almacenamiento deben también disponer de una cierta cantidad de DAAC debido a que los embalses requieren constantemente de una mínima cantidad de agua para operar correctamente.

al. 2016; Vergara et al. 2017). Esta discriminación de los usos no productivos y no extractivos del agua respecto a la posibilidad de ser objeto de DAA (y por tanto de constituirse en un derecho de propiedad) está recogida en el art. 140 del CA, donde se establece que toda solicitud de un DAA a la DGA deberá indicar el punto de captación de las aguas y, en el caso de DAANC, también el punto de restitución en la cuenca (Prieto y Bauer 2012; Lovera 2017)⁶⁵. Si no se especifica el punto de restitución de las aguas es porque no ha habido extracción de las aguas y en esos supuestos, cuando no hay captura o extracción de las aguas, la DGA entiende que no se requiere obtener el DAA y, consecuentemente, los DAA solicitados no son concedidos (Lovera 2017; Prieto y Bauer 2012).

Este sistema de concesión de DAA gratuitos y a perpetuidad y la configuración de una concepción particular del derecho de propiedad con la creación de los DAANC favorecieron a las grandes empresas hidroeléctricas en la medida que les permitieron obtener un enorme subsidio de parte del Estado y ubicar a la hidroelectricidad en un lugar de privilegio dentro de la orientación *laissez-faire* del sistema de derechos de agua chileno (Bauer 2015a; Bauer 2016; Larraín 2014; Larraín y Poo 2010; Tecklin et al. 2011; Prieto 2015)⁶⁶.

⁶⁵ Indicativo de este enfoque es el trabajo en el que participó la DGA donde se habla de DAAC, DAANC y usos no consuntivos y no productivos (no derechos) para referirse a usos recreacionales y medioambientales (DGA-UACH Chile 2000, citado por Lovera 2017). En consecuencia, los usos no extractivos quedan fuera del mercado y por esta razón Celume argumenta que requieren necesariamente de la tutela del Estado, por lo que no sería posible reducir el Estado a su mínima expresión (Celume, en Centro de Derecho y Gestión de Aguas 2016).

⁶⁶ La doctrina liderada por el profesor Vergara cuestiona que el CA estableciera una preferencia por la hidroelectricidad debido a que no contempla ninguna priorización en los usos del agua y destaca que es el libre arbitrio de la autoridad administrativa (DGA) el que decide a qué usos del agua se les otorgan DAA (Vergara et al. 2017; Rivera 2017a; Vergara y Rivera 2018) y argumenta que la distinción entre DAAC y DAANC que se introdujo en el CA tenía como finalidad compatibilizar los diferentes

Prueba de ello es que el 85% de las extracciones de agua en Chile se destinan a la generación de hidroelectricidad (Anríquez y Melo 2018), que la práctica totalidad de DAANC están en manos de unas pocas empresas eléctricas (Prieto y Bauer 2012; Bauer 2016; Rivera 2017a; Castro et al. 2016; Larraín 2014; Larraín y Poo 2010; Susskind et al. 2014; Madariaga y Gladina 2018) y que la mayoría de ellos fueron adquiridos gratuitamente mediante concesión de la DGA a las compañías eléctricas a través del sistema de adjudicación original de DAA⁶⁷ o bien con la privatización del sector público y de sus derechos de agua a partir de la segunda mitad de los años ochenta (Lovera 2017; Prieto y Bauer 2012; Susskind et al. 2014; Maillet y Rozas 2019). A destacar, por tanto, que el número de DAANC adquiridos a través del mercado de aguas ha sido muy poco significativo (Prieto y Bauer 2012)

usos del agua (Vergara 1997). Comparte parcialmente este criterio Celume, que argumenta que el CA contemplaba una absoluta neutralidad legislativa en lo relativo al uso y la gestión de los recursos hídricos al quitar toda referencia a una preferencia por los usos, tanto en la concesión del DAA como en su reasignación, hasta que la reforma del año 2005 puso fin a la neutralidad legislativa en los usos del agua al preferir el uso efectivo del recurso que su no utilización y termina por subvencionar la construcción de obras hidráulicas (Celume 2011). Sin embargo, buena parte de la literatura considera que el CA incorporó esta distinción entre DAANC y DAAC para promover el desarrollo de la hidroelectricidad (Bauer 2015a; Tecklin et al. 2011; Poo y Larraín 2010; Prieto y Bauer 2012; Lovera 2017; Valenzuela 2013; Dourojeanni y Jouravlev 1999), identificando, como veremos *infra*, diferentes mecanismos por medio de los cuales se otorgaban privilegios a los usos hidroeléctricos del agua.

⁶⁷ Desde sus orígenes hasta la reforma del 2005, el CA no exigía a los solicitantes de DAA que justificaran el uso que se le daría al volumen de agua requerido, ni que hicieran un uso efectivo del DAA, ni que construyeran la infraestructura de captación del agua, ni que pagaran una patente o impuesto por la adquisición o el uso del derecho (Prieto y Bauer 2012). En los años ochenta poca gente (tampoco los pueblos indígenas) disponía de la información y los recursos para aprovechar las oportunidades otorgadas por el nuevo CA para adquirir DAA, más allá de que también influían la desconfianza hacia la Administración, lo tedioso de los trámites burocráticos y la lógica del CA de privatización y mercantilización de las aguas completamente ajena a la cosmovisión de los pueblos indígenas (Bauer 2015). Es por ello que solo una minoría “especialmente enterada” supo y pudo aprovechar las oportunidades que ofrecía el CA de constituir nuevos DAA de manera incondicionada, siendo el sector hidroeléctrico el que reaccionó con mayor rapidez (Valenzuela 2013).

debido a la falta de dinamismo del mercado de aguas (Rivera et. al 2016; Bauer 2015a; Hearne y Donoso 2014), el alto precio de los DAA (Observatorio Ciudadano 2013) y las asimetrías de poder existentes entre los diferentes actores (Yáñez 2015b; Rivera et al. 2016; Bauer 2015a). La concentración de DAANC ha llegado a tal extremo en el sector eléctrico que tan solo tres compañías eléctricas (Endesa, AES Gener y Colbún) son propietarias del 90% de los DAANC para la generación de electricidad a nivel nacional, lo que provoca el elevado precio de los DAA en el mercado de aguas (Bauer 2015a; Larraín 2014; Larraín y Poo 2010; Prieto y Bauer 2012; Susskind et al. 2014)⁶⁸. Esta concentración de la propiedad de las aguas en manos de empresas hidroeléctricas es todavía más acusada en la macro zona sur. En La Araucanía, por ejemplo, la región con mayor población indígena de Chile, únicamente Endesa dispone del 98% de los DAANC (Lovera 2017)⁶⁹.

3.1.2.5. Preferencias institucionales por la hidroelectricidad en el mercado de aguas.

Una vez constituido el derecho la reasignación de estos derechos se efectúa a través de la ley de la oferta y la demanda (Observatorio Ciudadano 2013). Y sin embargo, la reasignación de DAA a través del

⁶⁸ En la actualidad ENDESA es propietaria del 81% de los DAANC existentes en Chile (Mundaca 2020).

⁶⁹ Rivera argumenta que la concentración de DAANC no supondría un gran problema desde el punto de vista de la accesibilidad al recurso hídrico de otros usuarios en la medida que el agua es devuelta a su cauce para que terceros puedan hacer uso de las mismas aguas. Esta argumentación no toma en cuenta, por ejemplo, la colisión de intereses entre CH con capacidad de regulación (DAANC) y regantes (DAAC) en lo que obedece a los periodos del año en los cuales almacenar y utilizar el recurso hídrico (Bauer 2015) ni la fragmentación de los ríos y ecosistemas que ocasionan las centrales de pasada en los tramos desviados (Ecosistemas 2018; Klemm 2016; Kelly-Richards 2019).

mercado también ha sido diseñada para favorecer el desarrollo de la hidroelectricidad en Chile. La diferenciación entre DAAC y DAANC conllevó la creación de dos mercados de aguas separados en los que se manifiestan cómo las preferencias del legislador por la hidroelectricidad socavaron la supuesta neutralidad de la ley de la oferta y la demanda (Prieto y Bauer 2012). Al crear dos mercados separados, las externalidades de la hidroelectricidad sobre los titulares de derechos consuntivos de aprovechamiento de aguas raramente pueden ser objeto de negociación (Prieto y Bauer 2012; Bauer 2016). Como los DAANC conllevan la obligación de devolución de las aguas a su fuente y los DAAC comportan el consumo del agua (DGA 2016; Rivera et al. 2016; Larraín y Poo 2010), los titulares de DAAC no pueden usar los DAANC que compran en el mercado de aguas para usos consuntivos y así absorber las externalidades ocasionadas por la hidroelectricidad. En cambio, los titulares de DAANC sí pueden comprar y usar los DAAC para fines de generación hidroeléctrica (Prieto y Bauer 2012). En consecuencia, el diseño institucional condiciona un funcionamiento no neutral del mercado de DAA (Tecklin et al. 2011; Prieto y Bauer 2012; Lovera 2017) y determina la ineficacia del mercado y de la negociación privada como instrumentos de resolución de conflictos entre los diferentes usos del agua, especialmente en los conflictos entre DAAC y DAANC (Bauer 2015b; Rivera et al. 2016)⁷⁰.

⁷⁰ Estas preferencias institucionales por la hidroelectricidad se verían agudizadas con la reforma al CA en el año 2005 y la introducción de la patente por no uso de las aguas (ver *infra* p. 76).

3.1.3. Efectos del régimen de aguas chileno.

La gran concentración de DAA para proyectos extractivos y la pérdida del control público sobre la propiedad y gestión del agua han generado una serie de graves problemas para la gobernanza democrática, social y ambiental de las cuencas (Larraín y Poo 2010; Larraín 2014; Bauer 2015a; Bauer 2016; Susskind et al. 2014; Donoso 2018; Ministerio de Energía 2017b)⁷¹: despojo de los recursos hídricos de comunidades campesinas e indígenas e inequidad extrema de usuarios tradicionales y grupos vulnerables en el acceso al agua existente en sus territorios donde desde tiempos inmemoriales han desarrollado sus formas de vida y costumbres (Lovera 2017; Larraín y Poo 2010; Larraín 2014; Observatorio Ciudadano 2013; Yáñez 2014); proliferación de conflictos etnoambientales entre las generadoras hidroeléctricas y las comunidades mapuche en los territorios de la cordillera y precordillera andina (Kelly-Richards 2019; Castro et al. 2016; Cultural Survival 2019; Ministerio de Energía 2017a) y de conflictos por el agua cada vez más complejos y profundos a escala local, regional y nacional (Bauer 2015a; Bauer 2015b; Rivera et al. 2016; Larraín y Poo 2010); agudización de los problemas de stress hídrico y degradación irreversible de muchas cuencas hidrográficas (Yáñez 2014; Observatorio Ciudadano 2013; Larraín y Poo 2010; Bauer 2015a; Orrego 2017; Donoso 2018)⁷²;

⁷¹ Quedan pocos DAA por constituir, el 90% de los DAA superficiales ya se han constituido (Sepúlveda 2017), que es cuando la autoridad administrativa puede disponer de un mínimo margen de discrecionalidad en la asignación del recurso.

⁷² En Chile existen 101 cuencas hidrográficas y 75 se declararon en escasez entre el 2008 y el 2015 (Aravena 2018) debido a que la demanda de agua excede claramente la disponibilidad de este elemento (Mundaca 2020). Además, el 80% de las cuencas se encuentran sobre otorgadas, lo que significa que los caudales de DAA otorgados en papel a particulares superan los volúmenes de agua naturalmente captados por una cuenca hidrográfica, resultando que a escala nacional los DAA superan más de seis veces la captación del agua que tiene una cuenca (Mansilla 2021). Sin embargo, sólo 12 de los 1.251 ríos del territorio nacional se encuentran protegidos como Reserva de

barreras para la entrada de nuevos competidores en un mercado eléctrico que adolece de falta de competencia (Rivera et al. 2016; Bauer 2016; Yáñez 2014, 2015a, 2015b; Prieto y Bauer 2012; Susskind et al. 2014; Maillet y Rozas 2019; Valenzuela 2011, 2013) y fortalecimiento del ejercicio de prácticas monopólicas y especulativas (Larraín y Poo 2010; Observatorio Ciudadano 2013; Bauer 2015a; Prieto y Bauer 2012; Bauer 2015b; Bauer 2016; Lovera 2017; Valenzuela 2011, 2013; Dourojeanni y Jouravlev 1999) en un sector eléctrico donde tres compañías controlan el *timing* de la instalación de nuevos proyectos y, en consecuencia, el volumen de la oferta y el precio de la electricidad en el mercado, dando lugar a que un importante porcentaje de DAANC no fueran utilizados y se produjeran considerables alzas en las tarifas de la electricidad (Prieto y Bauer 2012; Bauer 2016; Maillet y Rozas 2019; Ministerio de Energía 2014b).⁷³

3.1.4. Reforma del Código de Aguas (2005) y fomento de la hidroelectricidad.

A principios del s. XXI Chile necesitaba impulsar rápidamente la generación de hidroelectricidad para hacer frente a la crisis energética motivada por la reducción de suministros del gas argentino (Bauer 2015a; Bauer 2016). Sin embargo, los problemas reguladores del nexo agua-energía como el acaparamiento de DAANC, la inactividad del mercado de aguas y la falta de competencia entre generadoras eléctricas conducían a prácticas especulativas y monopólicas y a la

Caudal, una figura de protección que sólo puede ser decretada por el Presidente de la República en el caso de derechos no consuntivos de agua y por circunstancias excepcionales de interés nacional (Droppelman 2020).

⁷³ Chile presenta también el sistema tarifario de agua potable más caro de América Latina (CEPAL 2003; Mundaca 2020).

desincentivación de la inversión, impedían el incremento de la oferta eléctrica y la entrada de nuevos actores en el mercado y provocaban el alza de precios de la electricidad (Bauer 2015a; Bauer 2016; Ministerio de Energía 2014a, 2014b; Pacheco-Matte 2018a, 2018c; Dourojeanni y Jouravlev 1999). La necesidad de corregir el procedimiento de adjudicación original de DAA y muy especialmente el funcionamiento del mercado de aguas para hacer frente a estos desafíos permitió lograr los consensos necesarios para aprobar la reforma del CA (Ley 20.017) en 2005 (Bauer 2015a; Bauer 2015b; Bauer 2016; Jaeger y Peña 2015) que estableció nuevos equilibrios entre los derechos de los privados y el interés público y entre las demandas productivas y ambientalistas (Donoso 2018). Las medidas más relevantes para el desarrollo de la hidroelectricidad que se adoptaron con la reforma del CA fueron las siguientes:

3.1.4.1. Patente por no uso de los DAA.

Consiste en el pago anual y progresivo⁷⁴ al gobierno de una patente por el no uso económico o productivo de los DAA concedidos a privados (art. 129 bis 4, CA) (Bauer 2016; Rivera 2017a; Prieto y Bauer 2012; Observatorio Ciudadano 2013; Donoso 2018). El objetivo de la patente por no uso era incrementar la disponibilidad hídrica para nuevos

⁷⁴ Las tasas a pagar varían a nivel regional (más altas en las regiones del norte por la escasez hídrica) y se duplican entre el sexto y décimo año si los DAA persisten sin ser usados. A partir del undécimo año la patente por no uso se multiplica por cuatro. Si bien el monto de la patente en relación al valor comercial que tiene un DAA es bajo en los primeros años, a partir del sexto año el impacto económico en el titular del DAA es considerable y ha sido una de las causas que en ocasiones ha empujado a los titulares de derechos a desprenderse de ellos, como prueban los casos de los proyectos hidroeléctricos de Hidroaysén (Rivera 2017a), Bardón, Chillán 1 y 2, Futaleufú, Puelo y Huechún (La Tercera 2016).

proyectos de inversión dependientes de recursos hídricos⁷⁵ y favorecer la libre competencia por medio de la dinamización de los mercados de aguas (Bauer 2015a; Observatorio Ciudadano 2013; Riestra 2008). Las patentes por no uso no se aplican a los DAA ya existentes sino solo a los DAA otorgados a partir de la reforma y que todavía no hubieran sido usados por sus propietarios (Bauer 2015a; Rivera 2017a; Larraín y Poo 2010)⁷⁶.

Con esta medida se ponía fin a la excepcionalidad chilena de no establecer ninguna condición legal asociada a la adjudicación y uso del DAA⁷⁷ (Bauer 2016), pero al mismo tiempo se reforzaba la condición del agua como factor de producción (Rivera et al. 2016), especialmente para la generación hidroeléctrica (Prieto y Bauer 2012; Bauer 2016; Lovera 2017; Prieto 2008; Celume 2011)⁷⁸. En efecto, las patentes por no uso fueron diseñadas principalmente para ser aplicadas a los DAANC debido a la prioridad puesta en el desarrollo hidroeléctrico (Bauer 2015a; Bauer 2016; Valenzuela 2011; Hearne 2018). Prueba de ello es que las tasas son mucho más altas para los DAANC que para los DAAC y que además se exime efectivamente del pago de la patente

⁷⁵ La patente por no uso pretendía especialmente poner fin a la escasez hídrica legal (que no física) de las cuencas del sur de Chile donde se desarrollan primordialmente proyectos hidroeléctricos (Valenzuela 2013).

⁷⁶ La excepción es que los DAA otorgados con carácter provisional quedan también sujetos al pago de la patente.

⁷⁷ Sin embargo, el régimen de aguas chileno sigue sin introducir ninguna obligación legal de usar el agua para los tenedores de DAA de manera que la aprobación de la patente por no uso hace que hoy día el modelo chileno sea un poco contradictorio (Rivera 2017a).

⁷⁸ Esta concepción del agua primordialmente como combustible sigue vigente hoy día en diputados y senadores de todo el espectro político que participan en las comisiones de Reforma al CA en donde argumentan que se podría reconocer el derecho humano al agua pero que es necesario reconocer también que no se puede seguir desperdiciando el agua de los ríos en el mar (Orrego 2017).

por no uso a la mayoría de los DAAC destinados a riego, consumo urbano y minería (Bauer 2015b).

En definitiva, la patente por no uso perseguía promover un uso productivo efectivo y más intensivo de los DAANC para impulsar el desarrollo hidroeléctrico (Bauer 2015b; Bauer 2016; Prieto y Bauer 2012; Lovera 2017) y promovía la entrada de nuevos generadores hidroeléctricos y la estimulación de la competencia en el rubro de la hidroelectricidad (Donoso 2018) operando desde una doble lógica:

-en primer lugar, forzar a los propietarios de DAANC a evaluar qué opción preferían tomar: pagar la patente, hacer un uso efectivo de su derecho o poner sus DAANC en el mercado para que fueran comprados y usados por terceros⁷⁹. Así, se esperaba que las patentes por no uso activarían los mercados de aguas al inducir a los propietarios a entregar parte de sus DAANC sin uso y facilitar la entrada en el mercado de aguas de nuevos actores del sector hidroeléctrico. En caso de no encontrar compradores en el mercado de aguas, la patente por no uso presiona a los titulares a devolver los DAANC al Estado para que la DGA los ponga en subasta para beneficio de nuevos propietarios (Bauer 2015a; Bauer 2015b; Bauer 2016; Observatorio Ciudadano 2013).

-en segundo lugar, la doble discriminación de los usos sociales, culturales y ambientales del agua en el acceso a la redistribución de DAANC (Lovera 2017; Prieto y Bauer 2012; Bauer 2015b). Por un

⁷⁹ La reforma contemplaba criterios de progresividad temporal y geográficos para fijar el monto de la patente, estableciendo además un espacio temporal hasta el año 2012 en el cual los propietarios de DAANC quedaban liberados del pago de la patente por no uso en áreas del país con un elevado potencial hidroeléctrico (art. 129 bis 4, bis 5 y bis 6, CA) (Bauer 2015b).

lado, cuando una compañía decide vender sus DAANC para no tener que pagar la patente, los usos no extractivos del agua quedan permanentemente sujetos al pago de la patente por no uso (extractivo) del agua si compran esos DAANC en el mercado de aguas (Lovera 2017; Prieto y Bauer 2012; Rivera et al. 2016; Valenzuela 2011). La razón de esta discriminación es que los usos no extractivos del agua que desarrollan los pueblos indígenas y los conservacionistas no comulgan con el uso productivo que exige la autoridad administrativa. Al no construir ninguna infraestructura de captación o extracción de las aguas, los usos no extractivos del recurso hídrico quedan sujetos al pago de la patente por no uso, de forma que se desincentiva la reasignación de DAA en el mercado de aguas para usos culturales, recreativos o de conservación medioambiental del agua y muy excepcionalmente la reasignación de DAANC a través del mercado se dirige hacia usos no productivos o extractivos del agua (Lovera 2017; Prieto y Bauer 2012; Orrego 2017; Valenzuela 2011). Por consiguiente, la patente por no uso se erige en una nueva barrera para la reasignación de DAANC a pueblos indígenas (Observatorio Ciudadano 2013; Larraín 2014). En cambio, la reasignación de DAANC en el mercado hacia otros usos no consuntivos del agua como la hidroelectricidad es más habitual porque, al requerirse un punto de captación o extracción de las aguas, quedan liberados del pago de la patente por no uso siempre y cuando estén utilizando el recurso hídrico o hayan construido la infraestructura de captación y restitución de las aguas requerida por el CA (Larraín y Poo 2010; Prieto y Bauer 2012; Yáñez 2014)⁸⁰. De esta manera, la patente por no uso se erige en un instrumento que

⁸⁰ Art. 129 bis 9, CA.

posiciona en clara desventaja a los usos no extractivos frente a los usos no consuntivos del agua en lo que concierne a la reasignación de DAANC y al poder de negociación en el mercado.

Por otro lado, cuando una empresa no encuentra compradores y decide renunciar a sus DAANC para no tener que pagar la patente, los usos no extractivos del agua están excluidos de la posibilidad de participar en la subasta abierta por la DGA y, por tanto, no pueden solicitar la constitución de nuevos DAA (Prieto y Bauer 2012).

Los efectos de la patente por no uso han sido la profundización de las asimetrías del poder de negociación con los usuarios no extractivos en el mercado de aguas⁸¹; una limitada reducción en la seguridad jurídica de los DAANC (Rivera et al. 2016); la dinamización del mercado de aguas con un aumento de las transacciones (Larraín y Poo 2010) y una incipiente redistribución de DAA hacia pequeñas y medianas empresas hidroeléctricas, contribuyendo así hacia el crecimiento del sector minihidro (Bauer 2016; Valenzuela 2013)⁸²; la proliferación de proyectos para evitar el pago de patente por no uso y una mayor presión sobre los ríos y las cuencas hidrográficas en un contexto donde parte importante de los ríos ya han perdido su caudal ecológico y están en franco colapso por contaminación o

⁸¹ Algunos autores (Rivera et al. 2016) sostienen que la patente por no uso ha reducido las asimetrías de poder entre los diferentes actores que desempeñan usos no consuntivos del agua, pero habría que considerar que se refieren a aquellos que tienen la naturaleza extractiva requerida por la legislación.

⁸² La redistribución de DAA motivada por la patente ha sido esencialmente unidireccional en beneficio del sector hidroeléctrico, que ha adquirido DAA de otros rubros (Valenzuela 2011) a la vez que ha sido capaz de mantener sus DAANC por medio del pago de la patente y la transferencia de este coste a sus clientes, constatándose, además, una intensa compraventa de DAANC por parte del sector minihidro (Valenzuela 2013). Muchas transacciones de DAANC en el mercado han sido por cantidades de agua relativamente pequeñas y precios relativamente bajos (Hearne 2018) permitiendo el acceso al sector eléctrico de nuevos actores.

sobreexplotación de recursos hídricos (Larraín y Poo 2010; Valenzuela 2011, 2013). Sin embargo, la reducción del número de DAANC inutilizados no habría sido suficientemente significativa⁸³ y es por este motivo que en el proyecto de reforma al CA se plantea sustituir la patente por no uso por la introducción de un nuevo paradigma de la política hídrica respecto a los DAA: la cláusula “use it or lose it” (Vergara y Rivera 2018; Donoso 2018).

3.1.4.2. Obligación de justificar fundadamente el volumen de agua que se solicita a la DGA para constituir un DAA y desarrollar una actividad económica concreta.

A partir de la reforma de 2005 ya no basta con el mero deseo para obtener el DAA de parte de la DGA, sino hay que demostrar la necesidad del recurso hídrico (Jaeger 2006; Bauer 2015b; Bauer 2016; Larraín y Poo 2010; Observatorio Ciudadano 2013; Lovera 2017) y, asimismo, se faculta excepcionalmente a la DGA para denegar aquellas peticiones consideradas excesivas (Observatorio Ciudadano 2013; Celume 2011). De esta manera, la autoridad regulatoria de la DGA quedaba levemente más fortalecida respecto a la asignación original de futuros DAA, aunque no sobre los DAA ya constituidos (Bauer 2016; Bauer 2015a; Celume 2011).

3.1.4.3. Facultar a la DGA para establecer caudales mínimos hidrológicos denominados caudales ecológicos (Larraín y Poo 2010; Bauer 2015a;

⁸³ En el año 2009 el 95% de los DAA sin uso y sujetos al pago de la patente obedecen a DAANC (Cristi 2011, citado en Hearne 2018) y en el caso de los DAANC el pago siempre ha superado el 95% (Valenzuela et al. 2013). Esta tendencia se ha mantenido a lo largo del tiempo y para el año 2020 los 3.025 DAAC afectos al pago de la patente por no uso equivalen a un volumen de 614 metros cúbicos por segundo (3,8%), mientras que en el caso de los 2.360 DAANC sujetos a la patente corresponden a un volumen de 22.081 metros cúbicos por segundo (97,2%) (Electricidad 2020).

Rivera 2017a; Celume 2011). El art. 129 bis 1 del CA introducido con la reforma de la Ley 20.017 pasaba a recoger que “al constituir los DAA, la DGA velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan”. El caudal ecológico mínimo en una fuente superficial puede ser solicitado ante la DGA por cualquier persona natural o jurídica contemplada en el art. 6 del Reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo (art. 9 D.S. 14/2012). La autoridad hídrica, siguiendo los criterios establecidos en la Guía para la Gestión de los Recursos Hídricos de la DGA, fijará un caudal ecológico mínimo que no podrá ser superior al 20% del caudal medio anual de la respectiva cuenca (art. 3 D.S. 14/2012) (Riestra 2018). Excepcionalmente, podrá fijarse un caudal ecológico mínimo distinto siempre y cuando se cuente con el consentimiento explícito y formal de los Ministerios de Medio Ambiente y Obras Públicas y no se produzca afectación a DAA ya existentes (art. 6 D.S. 14/2012). En estos supuestos, el caudal ecológico mínimo fijado por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) no podrá superar el cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial a efectos de i) conservar especies hidrobiológicas que se encuentren dentro de alguna de las categorías de conservación, a excepción de aquellas clasificadas como Preocupación Menor o Casi Amenazada, de acuerdo al art. 37 de la LBGMA y su Reglamento; ii) amparar fuentes superficiales bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental; iii) asegurar el resguardo de la estructura, dinámica y funcionamiento de los ecosistemas asociados a la fuente de agua superficial cuando se producen impactos significativos

sobre sus factores bióticos y abióticos, físicos, químicos y biológicos (art. 7 D.S. 71/2015)⁸⁴.

Sin embargo, esta facultad de la DGA solo podría ser implementada en la constitución de nuevos DAA a partir del año 2005 y no afectaba a los DAA adjudicados con anterioridad a la reforma (Rivera 2017a; Burchi 2012), a menos que se produjeran cambios en los puntos de captaciones del recurso hídrico, por lo que el potencial de esta medida en la salud de las cuencas quedaba bastante limitado (Rivera et al. 2016; Larraín 2014).

Además, esta modificación del CA ha confrontado varios problemas:

En primer lugar, como el caudal ecológico solo se aplica a los nuevos DAA que se constituyen sobre las aguas superficiales, todos los DAA anteriores a la reforma (que son la mayoría)⁸⁵, no quedan sujetos a este caudal ecológico y ello plantea la complejidad de cómo va a operar el modelo en la práctica debido a que en una misma cuenca van a coexistir DAA sujetos al caudal ecológico y otros que no, lo que supone un gran desafío para las juntas de vigilancia que ejercen jurisdicción sobre una cuenca a la hora de distribuir el agua entre sus miembros y además no tiene ningún fundamento desde el punto de vista de la sostenibilidad hidrológica de la cuenca (Rivera 2017a).

⁸⁴ Hasta la fecha, no hay evidencias que se haya fijado el caudal ecológico mínimo en un 40% del caudal medio anual de la respectiva cuenca que contempla el art. 7 D.S. 71/2015 (Riestra 2018).

⁸⁵ Los DAA para la mayoría de las cuencas de las macrorregiones norte y central ya habían sido constituidos cuando la reforma entró en vigor (en algunas cuencas incluso se habían sobreotorgado DAA) por lo que no fue posible la implementación de caudales ecológicos mínimos debido a la escasez hídrica. En cambio, las cuencas de la macrorregión sur donde el agua es más abundante sí han podido proteger caudales ecológicos mínimos (Riestra 2018).

En segundo lugar, la definición errática de estos caudales ecológicos ha provocado casos en donde se han constituido DAA con diferentes caudales ecológicos en una misma cuenca (Rivera 2017a).

En tercer lugar, la definición de los caudales ecológicos mínimos en base a criterios hidrológicos que establece la DGA al constituir nuevos DAA no necesariamente concuerda con el caudal ambiental que fija la institucionalidad ambiental cuando aprueba proyectos que tienen asociados DAA⁸⁶. En efecto, el caudal ambiental es habitualmente más elevado que el caudal ecológico y ello plantea el dilema de definir cuál es el caudal que se tiene que respetar (Rivera 2017a). Algunos trabajos exigen la necesidad de que el caudal ecológico se defina para cada cuenca y todos los DAA a partir de criterios ecosistémicos y no como hasta la fecha en base a criterios hidrológicos y solo para los nuevos DAA (Larraín 2014; Toledo y Muñoz 2018).

Y por último, si el caudal ambiental es fiscalizado por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), el caudal ecológico en cambio adolece de una profunda falta de fiscalización, por lo que ha tenido una escasa implementación o efectos prácticos (Rivera 2017a).

⁸⁶ La reforma de la LBGMA (2010) exigió que todos los proyectos de inversión que entran al SEIA deben establecer caudales ambientales para proteger los ecosistemas acuáticos río abajo. Específicamente, el art. 41 LBGMA estableció que el “uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos”, en especial, cuando se trate de especies clasificadas como en peligro, vulnerables y raras o de las que se dispone de escasa información (Riestra 2018). Los caudales ambientales que se establecen en el marco del SEIA pueden corresponder a una medida de mitigación o a un compromiso ambiental voluntario por parte del proponente de un proyecto para responder a condiciones ambientales y sociales específicas y puede restringir el uso y aprovechamiento de derechos de agua previamente asignados a un determinado proyecto (Riestra 2018; SEA 2016).

Muchas CH de pasada no respetan el caudal ecológico (Larraín y Schaeffer 2016).

En definitiva, a pesar de los avances que constituyen el caudal ecológico de la DGA y el caudal ambiental del SEA para proteger las fuentes hídricas del país, no han sido suficientes para revertir la deterioración de los ecosistemas acuáticos en las principales cuencas (Donoso 2018). Además, una nueva iniciativa legislativa amenaza la aplicabilidad del caudal ecológico: el proyecto actual de reforma del CA contempla la eliminación del caudal ecológico de las CH con capacidad instalada inferior a 20 MW con el objetivo de promover la expansión de las minihidros (Chile Sustentable 2017).

3.1.4.4. Imposición a los Conservadores de Bienes Raíces (CBR) de la obligación de informar sobre las transacciones de derechos de aguas de modo que queden reflejadas en el Catastro Público de Aguas (CPA) que lleva la DGA por disposición del art. 122 del CA (Observatorio Ciudadano 2013; Rivera et al. 2016), cuyo propósito es mejorar la información disponible de los títulos y los registros de los DAA (Bauer 2015a; Observatorio Ciudadano 2013) y, consecuentemente, otorgar mayor seguridad jurídica a los inversores, promover un buen funcionamiento del mercado de aguas y reducir la brecha entre derechos nominales y derechos reales (Rivera 2017a; Donoso 2003). Sin embargo, tan sólo un pequeño porcentaje de los DAA existentes se encuentra registrado en la actualidad (Centro de Regulación y Competencia 2011). Así, el CPA continúa siendo incompleto ya que únicamente contiene entre un 30-40% de los DAA en Chile (Rivera 2017a; Banco Mundial 2011). Las responsabilidades por la falta de

actualización del CPA serían compartidas: por una lado, la falta de diligencia de la DGA en mantener y actualizar el CPA; por el otro, el incumplimiento de la obligación de proveer y comunicar esa información al registro por parte de los particulares y de los CBR (Rivera 2017a; Donoso 2020; Banco Mundial 2011).⁸⁷

3.1.4.5. Aprobación de un mecanismo de justicia arbitral para resolver los conflictos referidos al ejercicio de DAA (art. 185 bis del CA). El árbitro puede ser nombrado de común acuerdo y, en subsidio, por el juez de letras en lo civil respectivo, de la nómina que al efecto formarán las cortes de apelaciones. A pesar de encontrarse vigente, dicho mecanismo no ha tenido aplicación práctica (Vergara et al. 2013).

3.1.5. Efectos de la reforma del modelo de aguas chileno.

Se trató por tanto de una reforma modesta y limitada por varios motivos:

En primer lugar, tan solo modificó el CA desde los márgenes, sin afectar los principios esenciales del modelo aguas: derechos privados robustos (manteniendo el régimen de asignación gratuita y perpetua de los DAA, descartando incluir gravámenes a los DAA y sin imponer costos para la concesión de nuevos derechos, ni tarifas por su goce a través del tiempo); “libre mercado” de DAA y debilidad regulatoria del Estado (Bauer 2015b; Bauer 2016).

En segundo lugar, porque las restricciones que se aprobaron no tenían efectos retroactivos y no se aplicaban a los DAA existentes (que

⁸⁷ Muchos derechos consuetudinarios no están inscritos ni en el CPA ni en el CBR (Rivera 2017a; Bauer 2015a) lo que es causa de conflictividad (Vergara 1997, 2018).

son la vasta mayoría, pues alrededor del 90% de las aguas superficiales ya tienen concedidos DAA) sino únicamente a la constitución de futuros DAA (Bauer 2015a; Bauer 2015b; Bauer 2016; Burchi 2012; Larraín 2014; Rivera 2017a; Rivera et al. 2016; Valenzuela 2013).

En tercer lugar, porque persistieron muchas lagunas jurídicas y muchas cuestiones sin abordar en el CA, entre ellas i) la protección del interés público después de que los DAA hayan sido otorgados (Bauer 2015a; Larraín y Poo 2010; Yáñez 2014); ii) las prioridades de uso y la coordinación entre los múltiples usos del agua (Bauer 2016; Bauer 2015a; Yáñez 2015a; Rivera 2017a; Larraín y Poo 2010; Larraín 2014; Hearne y Donoso 2014); iii) el establecimiento de condiciones ambientales para la determinación de los caudales ecológicos y la restauración de las cuencas (Larraín y Poo 2010; Larraín 2014); iv) la gobernanza democrática de las cuencas hidrográficas y la inclusión de mecanismos efectivos para la resolución de conflictos entre los diferentes usos del agua (Prieto y Bauer 2012; Lovera 2017; Rivera et al. 2016; Bauer 2015a; Bauer 2015b; Larraín y Poo 2010; Larraín 2014).

Y en último lugar, porque las medidas que se adoptaron fueron insuficientes para i) detener la sobreexplotación y degradación de las cuencas hidrográficas y de los acuíferos en un contexto hidrológico cambiante debido a los efectos del cambio climático⁸⁸ y las sequías

⁸⁸ Chile es altamente vulnerable a los efectos del cambio climático debido al régimen nival y glacial de sus ríos (Energía 2014; Ministerio del Medio Ambiente 2017). Por un lado, desde el año 2010 se ha registrado una disminución del 30% en las precipitaciones en la zona centro-sur del país que ha tenido como consecuencia una reducción crítica de los caudales de los ríos, sobre todo durante los meses del verano (Garreaud et al. 2017; Rivera et al. 2017; Stehr y Aguayo 2017, citados en Stehr et al. 2019). Las proyecciones para la zona centro-sur de

(Observatorio Ciudadano 2013; Yáñez 2014; Rivera 2017a; Banco Mundial 2011); ii) proteger los derechos de usuarios tradicionales (sean indígenas, campesinos o pobladores rurales) al desarrollo de sus actividades de subsistencia y la integridad de sus ecosistemas (Observatorio Ciudadano 2013; Larraín y Poo 2010; Yáñez 2014; Yáñez 2015a); iii) corregir la inadecuada gestión de la oferta y la demanda de aguas responsable de poner en el mercado de bienes y servicios volúmenes de agua para la constitución de DAA que exceden la capacidad de los acuíferos (Larraín 2014).

La debilidad de los cambios introducidos en el CA hace que en la actualidad el modelo de aguas chileno continúe teniendo grandes

Chile estiman que la precipitación anual disminuirá en un orden del 5% al 15% hacia el 2030 y en hasta el 25% hacia el 2050 (Ministerio del Medio Ambiente 2017; Stehr et al. 2019). Estas reducciones de las precipitaciones todavía serían más acusadas para el área comprendida entre la cuenca del río Biobío y el límite sur de la región de Los Lagos (Rojas 2012, citado en Stehr et al. 2019), territorio ancestral mapuche. Por otro lado, los datos históricos han registrado aumentos de las temperaturas en el valle central y la cordillera y las proyecciones para el año 2030 prevén un aumento de, a lo menos, 0,5°C para las zonas sur y austral según el escenario de menores emisiones de GEI y de alrededor de 2°C para el año 2050 (Ministerio del Medio Ambiente 2017; Vivendio Iberoamerica y LPT-UCT 2017b; INFODEP 2016). De esta manera, la reducción de precipitaciones y el incremento de temperaturas proyectan una reducción significativa de los caudales medios mensuales en las cuencas entre las regiones de Coquimbo y Los Lagos en las que se concentra la mayor parte de la generación hidroeléctrica, así como una elevación de la isoterma de 0°C que provocará una reducción de las reservas de agua en las cabeceras de cuencas nivales y nivo-pluviales y el aumento del riesgo de inundaciones y aluviones con el consiguiente peligro para las infraestructuras hidráulicas (Ministerio del Medio Ambiente 2017; Ministerio de Energía 2014). Las estimaciones realizadas en función de diferentes escenarios de emisión de GEI prevén que el potencial de generación hidroeléctrica para el SIC disminuiría entre un 10-11% en el periodo 2011-2040 y entre un 16-22% en el periodo 2079-2100 (CEPAL, 2009).

desafíos que confrontar, especialmente en lo que concierne a la gestión integrada de los recursos hídricos en las cuencas hidrográficas (Bauer 2015a; Bauer 2015b; Bauer 2016; Larraín y Poo 2010; Durán 2017; Yáñez 2014), la gobernanza del agua y la resolución de conflictos por el agua (Bauer 2015a; Larraín y Poo 2010; Observatorio Ciudadano 2013; Bauer 2015b; Bauer 2016; Yáñez 2014; Donoso 2018), los cuales todavía se han vuelto más complejos, profundos e insolubles en los últimos años ya que la reforma del CA promovió la sobreexplotación de los recursos hídricos sin cautelar las inequidades en el acceso al vital elemento (Observatorio Ciudadano 2013; Yáñez 2014) y sin modificar los mecanismos disponibles de resolución de conflictos por el agua, que podrían caracterizarse por la secuencia i) falta de autoridad regulatoria de la DGA respecto de usos conflictivos de aguas; ii) limitada capacidad de las juntas de vigilancia como institución descentralizada para la gestión intersectorial e integrada de las aguas ya que muchas veces no incorpora a los titulares de DAANC entre sus miembros (Bauer 2015a) ni tienen presencia en todas las regiones y cuencas del país (DGA 2016); ii) poder de negociación desigual entre los diferentes actores en un mercado de aguas no neutral e ineficiente para coordinar los diferentes usos del agua y resolver los conflictos; iii) judicialización de los conflictos (Bauer 2015a; Bauer 2015b; Rivera et al. 2016; Observatorio Ciudadano 2013; Rivera 2017a, 2017b)⁸⁹.

⁸⁹ Algunas investigaciones apuntan a que la mayoría de conflictos por el agua que llegan a los tribunales tienen que ver con controversias suscitadas entre particulares y la autoridad (DGA) y todavía son pocos los casos en que las dos partes son particulares (Rivera 2017a).

Para hacer frente a estos desafíos en la gestión de los recursos hídricos han surgido diferentes propuestas entre posicionamientos que se encuentran muy polarizados:

Por un lado, la doctrina dominante defensora del modelo neoliberal plantea las siguientes necesidades: fortalecer la autogestión de las aguas por medio de las organizaciones de usuarios en base a una defensa de las aguas como un recurso o bien común⁹⁰; mejorar la regulación de la competencia en los mercados de agua; restringir aún más las competencias de la DGA y adoptar una jurisdicción especializada de resolución de conflictos hídricos con la creación de Tribunales de Aguas (Vergara y Rivera 2018; Vergara 2015; Vergara et al. 2013).

Por el otro, los sectores reformistas del régimen de aguas chileno fomentan recuperar el agua como bien común⁹¹ o público y como

⁹⁰ Entre las propuestas concretas promueven vigorizar la potestad de autorregulación de las juntas de vigilancia, incorporar un concurso específico para la profesionalización y fortalecimiento de las organizaciones de usuarios de aguas, poner fin a la práctica administrativa de conservar en manos fiscales la titularidad de grandes obras de embalsamiento y los derechos de aprovechamiento vinculados, suprimir los seccionamientos de cuencas cuando el manejo o reparto separado de las aguas de una cuenca produzca injusticias y desequilibrios, hacer efectiva la incorporación a las juntas de vigilancia de DAA subterráneas y DAANC y concluir la regularización y perfeccionamiento de los DAA (Vergara et al. 2013). La crítica que se realiza a esta forma de entender el agua como bien común y promover la gestión comunitaria del recurso es que solo tiene en cuenta a los titulares de DAA y deja fuera del acceso y la gestión del vital elemento a todos quienes no disponen de DAA (Costa 2020), de forma que el agua pasa a ser un bien del dominio privado detentado por una comunidad de personas (Atria 2020).

⁹¹ Desde estos sectores hablan de recuperar porque consideran que en los arts. 19.23 CP y 585 CC ya es posible encontrar un cierto reconocimiento del agua como bien común. Sin embargo, a pesar de que jurídicamente el agua nunca ha dejado de ser un bien común, el acceso y la gestión del recurso hídrico no han estado en conformidad con su naturaleza jurídica. El enfoque de bien común que propugnan es aquel en que el agua es gestionada de manera comunitaria y democrática (sea por la comunidad nacional o de un lugar en concreto) y no solo por los titulares de DAA de manera que se garantiza el acceso universal y los DF, la protección de los servicios ecosistémicos

derecho humano fundamental con el propósito de rescatar y fortalecer el significado del reconocimiento jurídico del agua como bien nacional de uso público (Celume, 2021, Atria y Salgado 2015, Atria 2016, Mundaca 2020, Yáñez 2014; Gutiérrez 2020). Para alcanzar este objetivo promueven medidas como una reforma constitucional que reconozca y garantice por parte del Estado el DF al agua y la priorización del uso de las aguas para el consumo humano y el saneamiento (Mundaca 2020; Stehr et al. 2019; Celume 2021; Yáñez 2014; Gutiérrez 2020; Costa 2020; Larraín y Schaeffer 2016), consagre a las aguas como un bien nacional de uso y dominio público (Mundaca 2020, Atria 2016), intensifique el carácter de bien nacional de uso público de las aguas por medio de incorporar la función social de la propiedad en los DAA⁹² y de establecer nuevos principios constitucionales que guíen al legislador en la configuración del CA (Celume 2021; Yáñez 2014; Gutiérrez 2020), como, por ejemplo, el reconocimiento y la protección de los usos ecológicos y ancestrales de las aguas (Celume 2021); que los DAA, tanto los nuevos como ya existentes, no estén amparados por un derecho de propiedad privada⁹³ (Stehr et al. 2019; Atria 2020) y puedan quedar sujetos a limitaciones tales como su extinción en caso de infracciones de las obligaciones o cargas que se impongan a los DAA (Fermendois 2020, en El Siglo

que tiene el agua y la conservación del recurso para las futuras generaciones, que es una visión que comulga con la práctica indígena consuetudinaria de gestión del recurso (Costa 2020).

⁹² La función social de la propiedad (art. 19.24 CP) faculta al Estado para regular el ejercicio del derecho de dominio que los particulares tienen sobre los DAA con miras a garantizar el interés general, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, así como el derecho a la vida y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (Gutiérrez 2020).

⁹³ Se entiende que la causa principal de la problemática del agua en Chile radica en que no se puede garantizar el interés público cuando se tiene una gestión hídrica que se fundamenta en derechos de propiedad sobre los DAA (Atria 2020).

2020); su temporalidad, que no sean perpetuos; su caducidad por un mal uso que no cumpla con la finalidad de desarrollar la mejor realización del contenido público del agua, por plazo del tiempo o por la no inscripción de los DAA en el CBR; la obligación de un uso efectivo de los DAA; el respeto del caudal ecológico mínimo; cargas ambientales e incluso económicas, como el pago de una tasa, con las excepciones prudentes para las comunidades indígenas o los usos de agua potable rural, y su tarificación (Celume, en El Siglo Periódico Digital 2020; Stehr et al. 2019; Atria 2016)⁹⁴; la protección de las áreas de importancia ambiental; la creación de derechos no extractivos. Para imponer estas condiciones a los diferentes usos del agua abogan por un fortalecimiento de las atribuciones y la autoridad de la DGA.

⁹⁴ Estas limitaciones deberían poder aplicarse a los DAA constituidos con anterioridad a la adopción de estas medidas siempre y cuando no nieguen la titularidad de esos derechos (art. 12 Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes) (Atria 2016).

3.2. Marco Sectorial Eléctrico.

3.2.1. Características generales.

El pilar fundamental de la institucionalidad y la política eléctrica es la LGSE, promulgada en dictadura en el año 1982 mediante el Decreto con Fuerza de Ley n° 1 (20.018) (Castro et al. 2016; Maillet y Rozas 2019). La LGSE reestructuró el sector eléctrico nacional de acuerdo a los principios neoliberales (Maillet y Rozas 2019) y de libre mercado (Bauer 2009, Gladina 2016), creando nuevos marcos normativos y regulatorios que promovieron la descentralización y la privatización (Susskind et al. 2014), establecieron que la electricidad es un bien transable y un bien de mercado regulado por el Estado (Kelly-Richards et al. 2017a; Gladina 2016) y excluyeron la inversión pública en las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica (Larraín y Schaeffer 2016).

La LGSE estableció que el sector eléctrico chileno constaba de tres subsistemas diferentes: generación, transmisión y distribución, los cuales operaban bajo una lógica de seguridad del suministro, eficiencia económica y libre acceso (Bauer 2009; Kelly-Richards et al. 2017a)⁹⁵. Específicamente, la LGSE pretendía fomentar la competencia en el subsistema generación, establecer un régimen de acceso abierto en el subsistema transmisión de forma que todas las generadoras pudieran acceder de forma no discriminatoria a las líneas de transmisión

⁹⁵ La generación corresponde a la producción de energía con base en centrales de diferentes combustibles; la distribución es la comercialización de la energía a los clientes regulados; y la transmisión pone en relación la generación con el consumo, sea a través de las distribuidoras o para la venta directa a clientes libres.

disponibles y contemplaba el subsistema distribución como un monopolio natural que requería ser regulado por parte del gobierno (Bauer 2009, Susskind et al. 2014).

La LGSE provocó que el Estado dejara de asumir la responsabilidad principal en la planificación, producción y provisión de energía (Gladina 2016) ya que el gobierno solo disponía de limitadas competencias regulatorias en los subsistemas de transmisión y distribución de la energía, y de una capacidad de planificación en el subsistema de generación exclusivamente orientativa (Susskind et al. 2014)⁹⁶. La influencia del rol del Estado en lo que concierne a la planificación y desarrollo del sector energía se redujo de manera radical y se transfirió esa labor al sector privado, cuyos actores operan bajo la lógica de mercado y privilegian la maximización de intereses y recursos en el corto plazo por sobre consideraciones de largo plazo como puedan

⁹⁶ Estas competencias están en manos del gobierno central. Los gobiernos regionales, provinciales y municipales tienen un papel muy poco significativo en la regulación y gestión de la electricidad. Con la Ley 20.936 (2016), que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del SEN, se otorga al Estado un rol central en la planificación de las líneas de transmisión y es el Estado quien pasa a ser el garante del bien común en la definición de los trazados y de los nuevos sistemas de transmisión por medio de la integración de polos de generación de interés público en base a energías renovables que Chile posee en gran potencial con la expansión de las líneas de transmisión desde una perspectiva de largo plazo, tomando en consideración los intereses de la sociedad, el cuidado del medio ambiente, el uso del territorio y la mejora de los estándares de seguridad y calidad del servicio (Romero y Rudnick 2018). El modelo actual del sector transmisión es mixto: mayor rol del Estado en la planificación y evaluación de los trazados, pero dejando en manos de los privados el desarrollo de los proyectos, la tramitación de los permisos y la negociación de las indemnizaciones a las respectivas servidumbres (Romero y Rudnick 2018). Hasta la fecha no se han definido polos de desarrollo energético (Subsecretaría de Energía. 2020. Solicitud de información AU002T0002141, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 5 de junio).

ser la seguridad del suministro (Gladina 2016; Comisión Ciudadana-Técnico-Parlamentaria 2011).

3.2.2. Efectos de la institucionalidad eléctrica.

La institucionalidad eléctrica y la debilidad de las competencias del Estado para regular y planificar el desarrollo privado de la electricidad han generado varios tipos de problemas (Susskind et al. 2014; Pacheco-Matte 2018a; Pacheco-Matte 2018b). A pesar del espíritu neoliberal de la ley, ha persistido en gran medida la falta de competencia en el subsistema generación hasta el segundo mandato de Bachelet (Rudnick y Romero 2018). Las tres grandes empresas que se vieron beneficiadas con la privatización de un sector eléctrico verticalmente integrado en tiempos de dictadura (Endesa y Chilectra) (Bauer 2009), todavía controlan hoy día alrededor de dos tercios de la capacidad instalada de generación eléctrica del país. Endesa Chile, propiedad de la compañía italiana ENEL, lidera el sector generación en Chile con un 34% del mercado eléctrico; AES Gener, propiedad de la compañía estadounidense AES Corp, es la segunda generadora más importante del país con un 17% del mercado; y, por último, Colbún, controlada por el Grupo Matte, es la tercera generadora más grande del país con un 16% del mercado eléctrico (Susskind et al. 2014).

Este grado de concentración del mercado eléctrico, la persistencia de la integración vertical y el poder que ejercían estos actores privados en el sector energía han supuesto una barrera de acceso para nuevos inversores y ha dificultado la diversificación de la matriz energética y la posibilidad de desarrollar nuevas fuentes de energía

claves para el país⁹⁷, lo que ha provocado también distorsiones del mercado y alza de precios de la electricidad (Susskind et al. 2014; Pacheco-Matte 2018b, 2018c; Rudnick y Palma 2018; Rudnick y Romero 2018; Maillet y Rozas 2019; Gladina 2016). Además, el modelo eléctrico chileno coordina la inyección de electricidad de las diferentes generadoras tomando solamente en consideración los costos económicos, y pasa por alto los costos sociales y ambientales como los que pueden ocasionar las represas al controlar y desviar el cauce de los ríos, lo que ha ocasionado un elevado número de conflictos y disputas legales asociados a proyectos energéticos (Larraín y Schaeffer 2016).

3.2.3. Reformas de la institucionalidad eléctrica y fomento de las ERNC.

Tras las sucesivas crisis energéticas causadas por la sequía de finales de los años 90 y la dependencia del gas argentino (años 2004/2005), la LGSE fue objeto de sucesivas reformas legislativas con el fin de fomentar las ERNC y garantizar el suministro eléctrico mediante la incentivación de la inversión privada y la entrada de nuevos actores en el mercado eléctrico (Hernando y Arce 2015). En estas reformas tuvo una gran influencia la presión ejercida por las principales organizaciones ambientalistas del país, como Chile Sustentable y el Instituto de Ecología Política, que lograron establecer coaliciones contingentes con diputados y miembros del Ejecutivo (Madariaga y Allain 2018).

⁹⁷ Más adelante se apunta cómo estas dificultades para la entrada en el mercado eléctrico de nuevos actores fueron poco a poco superadas con sucesivas reformas legislativas, la más importante de ellas la Ley de licitaciones.

3.2.3.1. La Ley N° 19.940 (Ley Corta I).

La primera de estas reformas, la llamada Ley Corta I (Ley N° 19.940), introdujo en 2004 el primer reconocimiento legal del término ERNC, define las fuentes ERNC, separa los subsectores generación y transmisión dentro del mercado eléctrico y establece una nueva manera de calcular las tarifas de transmisión para que los inversores puedan evaluar de forma transparente los beneficios derivados de la expansión de las infraestructuras de generación y transmisión (Madariaga y Allain 2018; Paz-Aedo y Larraín 2004). En lo que concierne a las minihidros, hay que destacar que el art. 71-7 de la Ley Corta I exime del pago de peajes por uso de infraestructuras de transmisión troncal y de líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público a proyectos de ERNC menores a 9 MW, y establece reducciones al peaje por el uso de líneas de transmisión troncal en caso de proyectos de ERNC inferiores a 20 MW (BCN 2004; Madariaga y Gladina 2018; Kelly-Richards 2018). Con el nuevo diseño tarifario para los pagos de peajes se ofrecía a las generadoras los incentivos necesarios para un adecuado uso de la infraestructura de transmisión y la posibilidad de adoptar decisiones de inversión y localización más óptimas (BCN 2004; Madariaga y Gladina 2018).

Además, la Ley Corta I obliga al sistema eléctrico a comprar la electricidad de las pequeñas centrales a precios de mercado y establece el derecho de las pequeñas centrales a vender su energía al precio del costo marginal instantáneo (precio *spot*) y a vender su potencial al precio de nudo que se paga en los mercados eléctricos (Paz-Aedo y Larraín 2004, Bauer 2009), de forma que se fomenta que las pequeñas generadoras puedan tener mayor poder de negociación en sus contratos

a más largo plazo e incrementar la rentabilidad de sus proyectos (Madariaga y Allain 2018).

Sin embargo, a pesar de estas ventajas que se ofrecían a las ERNC en la Ley Corta I, las inversiones en el subsistema transmisión continúan en la actualidad siendo insuficientes, lo que constituye una barrera en ocasiones insalvable para la expansión de minihidros (Pérez 2020; Susskind et al. 2014). Las generadoras pagan el 80% de los costes de la transmisión eléctrica a través de los peajes a las empresas del segmento transmisión mientras que los consumidores cubren el 20% restante. Ello otorga a las generadoras un elevado poder de influencia en el segmento transmisión y como las generadoras no tienen interés en expandir las líneas de transmisión para facilitar la conexión a nuevos competidores, el crecimiento de la infraestructura de transmisión ha sido dificultoso (Susskind et al. 2014). En este sentido, la Ley Corta I no logró satisfacer uno de sus objetivos principales como incentivar la inversión en el subsistema transmisión y las iniciativas del gobierno para guiar y estimular la expansión de las líneas de transmisión se han mostrado también infructuosas (Susskind et al. 2014; Pérez 2020).

3.2.3.2. Ley N° 20.018 (Ley Corta II).

En 2005, se aprueba la Ley N° 20.018 o Ley Corta II, que busca fortalecer la seguridad del suministro eléctrico frente a incertidumbres externas en el abastecimiento de combustibles, promover el desarrollo de inversiones en generación y que las distribuidoras dispongan permanentemente del suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores regulados para los

próximos tres años⁹⁸(Rudnick y Romero 2018). El principal instrumento que introduce la ley para alcanzar estos objetivos es la modificación relativa a la explotación de los servicios eléctricos y de suministro, incorporando i) nuevos mecanismos de mercado en la determinación de los precios de los contratos de suministro eléctrico entre generadoras y empresas distribuidoras para clientes regulados, de manera que si bien la CNE es la encargada de aprobar el contenido y las condiciones de las bases de las licitaciones, se reemplaza la fijación de precios de nudo (precios fijos) que hacía la CNE cada seis meses y se faculta a las generadoras para definir autónomamente los precios de sus ofertas de suministro eléctrico en un ambiente de competencia, adjudicándose la licitación al proponente que ofreciera el menor precio de energía al margen de cualquier otra consideración comprendida en su propuesta (Rudnick y Romero 2018); ii) reservar un 5% de la demanda licitada por las distribuidoras para clientes regulados a las ERNC al precio que resultase de la licitación respectiva (BCN 2008); y iii) un sistema de contratos con plazos extendidos de 15 años de duración para reducir los riesgos de los diferentes agentes⁹⁹, ofrecer mayor seguridad jurídica a los inversores (Kelly-Richards 2018) y estimular que las generadoras estén dispuestas a comprometer su capacidad de energía de base en contratos de largo plazo (Rudnick y Romero 2018). Sin embargo, el tiempo demostró que las distribuidoras no tenían incentivos para contratar el suministro de manera eficiente. Cualquiera que fuera la

⁹⁸ La ley corta consideraba que tres años era un plazo razonable para la instalación de nuevos proyectos de tecnología estándar, pero la tramitación de los permisos sectoriales y la judicialización de los proyectos probaron que la previsión de este plazo era en muchas ocasiones insuficiente (Rudnick y Romero 2018; Pérez 2020).

⁹⁹ Se estima un plazo de 15 años como el tiempo necesario para que los desarrolladores puedan amortizar su inversión (BCN 2008).

oferta de los proponentes en una licitación, el precio sería finalmente traspasado a los clientes regulados (*passthrough*), por lo que a las distribuidoras, en tanto asegurasen el suministro de sus clientes, les era indiferente o de menor relevancia el precio que las generadoras les cobrasen por la energía (Rudnick y Romero 2018), lo que condujo a elevar los precios de la electricidad (Kelly-Richards 2018) y se añadieran más costos a los consumidores (Bauer 2009). Además, la integración vertical (generación y distribución) de una de las compañías más importantes del mercado nacional generaba un conflicto de interés que podría atentar contra un proceso eficiente que estimulara la competencia y redujera los precios de la energía (Susskind et al. 2014).

3.2.3.3. *Ley N° 20.257 (Ley de ERNC o Ley Corta III).*

Posteriormente, en 2008, la Ley de ERNC (Ley N° 20.257) o Ley Corta III (Dufey et al. 2010) fija la meta que el 10% de la generación eléctrica para el año 2024 se alcance en base a ERNC (Palma et al. 2009). Con esta ley se pretendía impulsar la diversificación de la matriz eléctrica, incrementar la seguridad energética en base a fuentes autónomas de generación energética y fomentar la generación de ERNC, pero no como alternativa a las fuentes de energía convencional, sino desde una relación de co-dependencia.

Para alcanzar la meta de generación recogida en la Ley, se obliga a las generadoras convencionales con capacidad instalada superior a 200 MW a comercializar un 10% de la energía proveniente de fuentes renovables no convencionales o de CH con una potencia inferior a 40 MW, sean propias o contratadas a partir del 1 de enero del año 2010¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Esta medida rige únicamente para los sistemas SIC y SING (Sistema Interconectado del Norte Grande) fusionados en la actualidad en el SEN.

La norma señala que este porcentaje exigido a las empresas eléctricas se logrará incrementando gradualmente el volumen de este tipo de energías, de forma tal que, entre los años 2010 y 2014 sea de 5%, incrementándose en un 0,5% anual a partir del 2015, hasta alcanzar el 10% en el año 2024 (Palma et al. 2009)¹⁰¹. Las generadoras que no cumplan con esta obligación deberán pagar un cargo de 0,4 UTM por cada MWh de ERNC no acreditado, que aumentará a 0,6 UTM en los casos en que las empresas reincidan en su incumplimiento (Palma et al. 2009). Al obligar a las grandes generadoras a comprar energía a centrales en base a ERNC, se ofrece a estas últimas la posibilidad de establecer contratos a largo plazo y se incentiva por tanto el desarrollo de esta tecnología (Valdés y Gutiérrez 2012).

Sin embargo, la posibilidad de hacer contratos de largo plazo con nuevos actores se ha visto mermada por diversos factores: en algunos casos podría ser económicamente más beneficioso para las grandes generadoras el pago de la multa por incumplimiento de la norma que el contratar la energía a centrales en base a ERNC. Cuando sucede esto, no solo no se satisfacen los objetivos de la Ley N° 20.018, sino que además repercute en un alza de precios de la energía para que sean los usuarios quienes terminen pagando la multa; en otras ocasiones, las grandes generadoras tradicionales realizan sus propios proyectos ERNC para dar cumplimiento a la cuota. La alta concentración del mercado eléctrico en los segmentos generación y distribución implica que los contratos se

¹⁰¹ En un sistema de cuotas, dado que la autoridad fija el nivel de la cuota y el mercado el precio, la competencia tiende a favorecer las tecnologías de menor costo y más maduras, por ejemplo, las minihidro (Dufey et al 2010).

venían realizando entre generadores convencionales y las distribuidoras, dejando fuera a generadores nuevos y más pequeños (Dufey et al. 2010).

3.2.3.4. Ley 20.698 (Ley 20/25).

Estas metas de generación serían posteriormente modificadas con la Ley N° 20.698 (2013), también conocida como Ley 20/25, que establece que la generación de electricidad en base a ERNC debe alcanzar el 20% de la matriz eléctrica para el año 2025 (Gladina 2016; Kelly-Richards 2019). Esta ley también contempla una satisfacción progresiva de esta meta de generación en base a ERNC, fijando una obligación del 5% al año 2013, con incrementos del 1% a partir del año 2014 hasta llegar al 12% el año 2020, e incrementos del 1,5% a partir del año 2021 hasta llegar al 18% el año 2024, y un incremento del 2% al año 2025 para llegar al 20% el año 2025 (Divanach y Onieta 2014).

3.2.4. Instrumentos de fomento de las minihidros.

Para alcanzar estas metas de generación en base a ERNC, el marco sectorial eléctrico se ha ido reconfigurando a lo largo del tiempo mediante un conjunto de medidas legislativas y administrativas que incorporan una serie de garantías para el desarrollo de las minihidros y que muchas veces no están disponibles para otras fuentes de generación, sean éstas convencionales o renovables: concesiones eléctricas, incentivos de mercado y apoyo financiero a través de la CORFO son algunas de las principales ventajas que la institucionalidad eléctrica ha otorgado a las minihidros (Kelly-Richards et al 2017a).

3.2.4.1. Las concesiones eléctricas.

En primer lugar, la figura de la concesión eléctrica, regulada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Minería, de 1982, denominado LGSE, ofrece la posibilidad únicamente al titular de

un proyecto de generación hidroeléctrica de solicitar al Estado que le otorgue una concesión eléctrica con la que constituir ciertos derechos de servidumbre para poder ingresar legalmente en predios de terceros o fiscales y realizar los estudios y las obras necesarias para la construcción de una CH (Larraín y Schaeffer 2016; Silva 2017; Castro et al. 2016; Estudios de Medio Ambiente y Gestión 2010). Se trata de una figura frecuentemente utilizada ya que la mayoría de CH se emplazan en inmuebles que no son propiedad del titular del proyecto (Castro et al. 2016). Cuando el titular de un proyecto hidroeléctrico no logra alcanzar un acuerdo con el tercero propietario de un predio para constituir una servidumbre voluntaria, siempre tiene la posibilidad de recurrir al Estado a través del procedimiento de solicitud de concesiones eléctricas para obtener esa concesión con la que constituir servidumbres legales (Silva 2017; Estudios de Medio Ambiente y Gestión 2010). La hidroelectricidad es la única fuente de generación que puede solicitar y acceder a estas concesiones eléctricas del Estado, lo que supone una ventaja de naturaleza institucional y política en comparación a otras fuentes de energía y que permite que muchos proyectos hidroeléctricos puedan instalarse donde y cuando deseen una vez obtenidas estas servidumbres (Larraín y Schaeffer 2016).

La LGSE contempla dos tipos de concesiones eléctricas, las concesiones de carácter provisorio (para realizar estudios) y las de carácter definitivo (para la ejecución de la obra), las cuales solo pueden otorgarse a ciudadanos chilenos y a sociedades constituidas en conformidad a las leyes domésticas (art. 13 LGSE). La concesión provisional obtenida del Juez de Letras otorga al concesionario el derecho a practicar en suelo privado y público las mediciones y

estudios necesarios para la preparación y realización del proyecto hidroeléctrico (art. 21 LGSE). No obstante, el mismo Juez determinará, cuando los afectados lo soliciten, las indemnizaciones a que tienen derecho por los perjuicios que les provocasen los permisos referidos en sus predios o heredades (art. 21 LGSE). Respecto de las concesiones eléctricas definitivas, la LGSE establece que, cuando se trata de ocupar inmuebles privados, su titular puede constituir servidumbres forzosas (art. 14 y 50 LGSE); y cuando se trata de bienes públicos, otorga el derecho a ocuparlos y atravesarlos, sin necesidad de ningún otro título concesional ni intervención de otra autoridad que administre tales bienes públicos y en las mismas condiciones que las concesiones de distribución de energía eléctrica. Frente a la constitución de estas servidumbres, el dueño del predio sirviente sólo tiene derecho a reclamar por el valor de la indemnización ante una comisión de “Hombres Buenos” en caso de que no haya acuerdo con el concesionario, de forma que sean ellos quienes valoren las afectaciones a los diferentes propietarios y definan el monto de las indemnizaciones que se derivan de la constitución de esas servidumbres que permiten la construcción del proyecto hidroeléctrico (art. 62 LGSE) (Castro et al. 2016).

El proceso de constitución de las concesiones eléctricas puede transcurrir de manera previa, paralela o posterior a la evaluación del proyecto en el SEIA ya que no existe una regulación concreta que lo especifique. Hay que destacar que la solicitud de concesiones eléctricas por parte de titulares de proyectos hidroeléctricos con el propósito de ocupar tierras de comunidades indígenas constituye una medida administrativa que genera susceptibilidad de afectación y que, por tanto, debería requerir consulta indígena. Caso de no realizarse

consulta indígena, las personas indígenas afectadas podrían interponer recurso de protección (Silva 2017).

3.2.4.2. Instrumentos de mercado: la Ley N° 20.805 (Ley de Licitaciones).

Entre los estímulos de mercado que impulsaron el *boom* de las ERNC y de las minihidros hay que destacar la Ley de Licitaciones N° 20.805 (2015). Las leyes cortas no habían logrado dinamizar suficientemente el sector generación con la entrada de nuevos actores mediante licitaciones para suministros de largo plazo y persistía el alza de precios tanto para clientes libres como regulados, la existencia de procesos de licitaciones desiertos y un porcentaje de energía no adjudicada en las licitaciones (Rudnick y Romero 2018; Maillet y Rozas 2019). Del total de energía adjudicada en esos años (2006-2013), el 91% seguía correspondiendo a las tres mayores empresas incumbentes. Tomando en consideración que las causas de la crisis del sector eléctrico estaban en la elevada concentración del sector eléctrico y la falta de competencia, se pensó en mejorar la regulación de los procesos de licitación de suministro eléctrico para clientes sujetos a regulaciones de precios (hogares, comercios y pequeñas empresas) ya que representaban cerca del 50% de la demanda de consumo eléctrico del SEN con el propósito de conseguir cuatro objetivos fundamentales: reducción de los precios de la energía eléctrica para clientes regulados en un 25% para la próxima década, aumento de la competencia del sector eléctrico para desafiar a los incumbentes, incorporación de nuevos actores en el segmento generación por medio de disminuir las barreras de entrada y diversificación de las fuentes de energía (Rudnick y Romero 2018; Maillet y Rozas 2019).

Para perfeccionar el sistema de licitaciones y lograr los objetivos planteados, la nueva Ley N° 20.805 otorga la tutela de las licitaciones de las distribuidoras a la CNE (Maillet y Rozas 2019) e incorpora instrumentos como la ampliación del plazo de antelación de las licitaciones a la fecha de inicio de suministro a 5 años, de forma que los adjudicatarios de una licitación disponen de mayor margen para hacer frente a situaciones imprevistas; la ampliación de los contratos a 20 años para hacer más atractivo el financiamiento de los proyectos de energía de forma que puedan obtenerse ofertas más bajas al prorratearse el financiamiento en periodos de tiempo más largos y asegurar el suministro eléctrico en el largo plazo (Pérez 2017); incorporación de licitaciones de corto plazo bajo un régimen flexible con plazos de antelación y duración de los contratos determinados por la CNE o de licitaciones de muy corto plazo para situaciones excepcionales en las que la CNE, en sus proyecciones de demanda, prevea que el suministro de energía contratado para el año siguiente será inferior que el consumo efectivo de una distribuidora, en cuyo caso se considera una antelación de al menos un año y contratos de duración de no más de 3 años, pero con precios regulados en la ley; la determinación de un precio máximo reservado fijado por la CNE que permanece oculto hasta la apertura de las respectivas ofertas, de manera que si los participantes desconocen el precio máximo no puedan pegarse a él en el caso de que previeran una baja cantidad de energía ofertada y así poder obtener mejores ofertas económicas en un mercado con pocos actores; incorporación por parte de la CNE en las bases de la licitación de la posibilidad de que los titulares pospongan el inicio del suministro por un lapso no mayor a los dos años o pongan término anticipado al contrato siempre que el imprevisto sea inimputable al adjudicatario y la decisión esté

debidamente fundamentada y no sea adoptada con posterioridad a los tres años desde la suscripción del contrato; posibilidad de incorporar mecanismos de revisión de precios en los contratos de suministro para hacer frente a eventuales cambios regulatorios sustanciales y no transitorios que pudieran elevar los costos de generación; y posibilidad de realizar licitaciones dirigidas a determinados tipos de oferentes por medio de introducir bloques horarios en las bases de la licitación (lo que permite ofertar competitivamente en las licitaciones a las fuentes de energía solar y eólica, Maillet y Rozas 2019) y, desde 2017, también bloques estacionales de suministro correspondientes a periodos trimestrales, que busca fomentar proyectos con perfil de generación estacional como las CH de pasada (Rudnick y Romero 2018)¹⁰².

Los efectos inmediatos de la reforma de la licitación de suministro de energía fueron un descenso del precio de la energía de alrededor del 40%, una elevada participación de las empresas en las licitaciones, la incorporación de nuevos actores con elevada presencia de generadoras de ERNC al mercado eléctrico (un 57% de la energía adjudicada es suministrada por nuevos actores y en base a ERNC) y la diversificación de la matriz energética (Rudnick y Romero 2018; Maillet y Rozas 2019; Madariaga y Gladina 2018).

¹⁰² Antes de estas medidas, las ERNC debían ofertar un bloque completo 24 horas lo que las obligaba a comprar energía en el mercado *spot* en los horarios en que no podían generar o procurarse de contratos de largo plazo con generadores convencionales. Si bien los bloques diferenciados logran fomentar la competencia, facilitando la oferta de centrales con capacidad de generación variable, las empresas han logrado adaptarse mediante la construcción de portafolios de generación para un suministro continuo (Rudnick y Romero 2018).

3.2.4.3. Instrumentos fiscales.

Además, la CORFO en conjunto con la CNE creó diferentes instrumentos fiscales de fomento para apoyar la inversión privada en cada una de las etapas de desarrollo de los proyectos de ERNC. Para la etapa de prefactibilidad de los proyectos de ERNC, se establece un programa que ofrece subsidiar estudios de preinversión o asesorías especializadas, cubriendo un monto de hasta un 50% del costo total del estudio o consultoría con un tope de 60.000 US\$ y siempre que no supere el 2% del valor estimado de la inversión total del proyecto; para la elaboración de la ingeniería básica y de detalle, estudios de conexiones eléctricas y evaluaciones y/o declaraciones de impacto ambiental, se establece un programa de preinversión que cuenta con fondos del Banco KfW de Alemania y la CNE y subsidia hasta el 50% del costo total del estudio o consultoría con un máximo del 5% de la inversión total estimada, siempre que no exceda los 160.000 US\$ por proyecto evaluado; para la inversión en ERNC, se ofrecen unos créditos blandos llamados Créditos CORFO ERNC que operan a través de la banca local. Los préstamos bajo este esquema pueden alcanzar un máximo de 5 millones US\$ por proyecto y operan a tasas fijas en dólares o moneda local, con plazos entre 3 y 12 años, que incluyen períodos de gracia para el capital de hasta 30 meses. Además, existe una línea de financiamiento para ERNC y eficiencia energética por un monto máximo de 15 millones US\$, con un período de pago de 13 años y un período de gracia de 36 meses. Un proyecto de ERNC puede postular a ambos instrumentos, por lo que puede acceder a un monto total de financiamiento de 20 millones US\$; por último, para la etapa de construcción de un proyecto, se ofrece un Fondo de garantía para ERNC, que otorga una cobertura complementaria de riesgo para las operaciones

de crédito de dinero y de *leasing* financiero que los bancos con clasificación de riesgo BBB- o superior otorguen a empresas privadas para financiamiento de proyectos de inversión en ERNC y cubre el 50% de los créditos con tope de 7,5 millones US\$ por empresa con un plazo máximo de 36 meses (Dufey et al. 2010). La mayoría de proyectos exitosos de la cartera CORFO se concentraban en torno a un solo tipo de tecnología: minihidro (Dufey et al. 2010).

3.3. Marco sectorial ambiental.

3.3.1. Características generales.

La política medioambiental en Chile ha estado fuertemente condicionada por los principios neoliberales, un limitado poder regulatorio de los servicios públicos y el libre mercado. Ello ha motivado que a pesar de la existencia de genuinas preocupaciones y movilizaciones de la sociedad civil por la protección del medio ambiente, la adopción del régimen medioambiental en Chile fuera en gran medida resultado del interés de las élites gubernamentales y empresariales por el acceso a los circuitos internacionales de comercio y financiación. Así, la LBGMA fue promulgada en 1994 por el interés de Chile en ser signataria del NAFTA; más tarde, la reforma de la LBGMA con la creación del Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la SMA (Ley N° 20.417) y de los Tribunales Ambientales¹⁰³ (Ley N° 20.600), fue consecuencia del interés de Chile en acceder a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En definitiva, la garantía de unos

¹⁰³ El MMA dirige la política medioambiental; el SEA gestiona el SEIA; la SMA fiscaliza las RCA, las normas de calidad y emisión, los planes de prevención y/o descontaminación, los planes de manejo de la LBGMA y otros que la ley establezca, además de ejercer las funciones previstas en el Título I de la Ley 20.417; y los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya principal función es resolver las controversias medioambientales de su competencia (SEA 2020). Específicamente, los tribunales ambientales se encargan de conocer los recursos administrativos de reclamación que interponga cualquier persona natural o jurídica cuando no esté de acuerdo con la determinación del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del SEA respecto a una RCA y además ejercen de contrapeso de la SMA (Durán 2017). No forman parte del poder judicial sino que son concebidos como un grupo de expertos (Guerra-Schleef 2017) y la composición de los tribunales es mixta: tres ministros titulares (dos abogados y un licenciado en ciencias) y dos ministros suplentes (un abogado y un licenciado en ciencias). Además, cuentan con un equipo de científicos que operan como peritos adjuntos al tribunal (Durán 2017).

mínimos estándares de protección medioambiental en Chile estuvieron modulados por el interés superior de los decisores políticos en promover las exportaciones de los recursos naturales propios en los mercados globales, facilitar los flujos comerciales y las inversiones extranjeras, garantizar el crédito a los inversores a través del Banco Mundial y legitimar los tratados bilaterales de libre comercio (Tecklin et al. 2011).

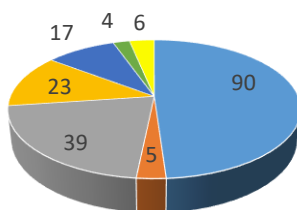
En concordancia con estos intereses, el SEIA, instrumento central de la institucionalidad ambiental, funciona como una ventanilla única para solicitar y obtener todos los PAS que requieren los proponentes de los proyectos antes de iniciar las obras con el fin de agilizar la tramitación y reducir costos a los inversores (Tecklin et al. 2011; Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016). El SEIA ha maximizado el principio de prevención del derecho ambiental al operar bajo la premisa de que todo impacto ambiental es mitigable y todo impacto social compensable (Orrego 2017) y funcionar bajo la lógica de corrección, mejoramiento y aprobación de los proyectos más que como un verdadero sistema de evaluación (Durán-Sanzana 2016, en Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016). Por eso, no es de extrañar que la práctica totalidad de los proyectos que ingresan al SEIA y son calificados por la COEVA sean finalmente aprobados¹⁰⁴. Según estadísticas divulgadas por el SEA, desde 2016 hasta octubre de 2020 se han evaluado 1.961 proyectos, de

¹⁰⁴ Otros factores que explican la elevada tasa de aprobación de los proyectos ingresados al SEIA son la ausencia de exigencias en materia de ordenamiento territorial, gestión de cuencas y riesgos frente al cambio climático, las dificultades de la autoridad ambiental y de las empresas para identificar impactos acumulativos y sinérgicos, la restricción de la aplicabilidad y alcance de la consulta indígena e instrumentos de participación ciudadana y el establecimiento de condiciones demasiado amplias en las RCA (Comisión Asesora Presidencial del SEIA 2016; González 2017b).

los cuales han sido aprobados un 94.2% (1.849 proyectos) y rechazados únicamente un 5,8% (112 proyectos) (Fundación Terram 2019). Si focalizamos el análisis a los datos proporcionados por el SEA para proyectos minihidros, resulta que se ingresaron un total de 184 proyectos minihidros en el SEIA¹⁰⁵, de los cuales 90 fueron aprobados, 39 desistidos por el proponente; 23 no admitidos a tramitación; 17 no calificados al haberse puesto término anticipado a la evaluación; 6 caducados; 5 rechazados por la COEVA y 4 están pendiente de calificación. Así, la tasa de aprobación de los proyectos minihidro calificados por las respectivas COEVAs a escala nacional es de un 95,04%, mientras que si consideramos todos los proyectos evaluados en el marco del SEIA, la tasa de aprobación de proyectos minihidro es de un 68,08 % (96 proyectos aprobados v. 45 proyectos que el SEIA no admite a trámite, pone fin anticipado o rechaza).

¹⁰⁵ Esta cifra incluye tanto proyectos de nuevas centrales de generación hidroeléctrica (la gran mayoría) como modificaciones o ampliaciones de proyectos ya existentes ya que cuando un desarrollador realiza modificaciones a un proyecto pierde la licencia ambiental y debe reingresar el proyecto de nuevo al SEIA (González 2017b).

PROYECTOS MINIHIDROS INGRESADOS AL SEIA-CHILE: TOTAL 184



- APROBADOS
- DESISTIDOS
- NO CALIFICADOS
- CADUCADOS
- RECHAZADOS
- NO ADMITIDOS A TRAMITACIÓN
- EN CALIFICACIÓN

Ilustración 11. Proyectos minihidro en el SEIA-Chile (elaboración propia en base a datos SEA)

A escala de la región de la Araucanía, se ingresaron un total de 31 proyectos minihidros, de los cuales 11 fueron aprobados, 5 desistidos por el proponente, 5 no admitidos a trámite, 5 no calificados porque el SEA pone término anticipado a la evaluación, 4 rechazados por la COEVA y 1 se encuentra pendiente de calificación¹⁰⁶. De esta manera,

¹⁰⁶ CH Huirinlil (Curarrehue, ingresado dos veces: en julio 2018, no admitido a tramitación y en agosto 2018, no calificado); CH Llancalil (Pucón, ingresado tres veces: en diciembre 2013, no admitido a trámite; en mayo 2014, desistido y en abril 2018, todavía en calificación); CH Enersur (Vilcún, ingresado en agosto 2016, desistido); CH Hueñivales (Curacautín, ingresado dos veces: en enero 2016, desistido y en febrero 2016, aprobado); CH Epril (Curarrehue, ingresado en marzo 2015, no calificado); CH Río Cherquén (Cunco, ingresado en octubre 2014, no calificado); CH Los Aromos (Freire, ingresado en diciembre 2013, rechazado); CH El Rincón (Melipeuco, ingresado tres veces: en agosto 2012, no admitido a trámite; en diciembre 2012, desistido y en diciembre 2013, rechazado); CH Doña Alicia (Curacautín, ingresado tres veces: en junio 2013, no calificado; en septiembre 2013, no admitido a tramitación y en octubre 2013, rechazado); CH El Traro (Cunco, ingresado en agosto 2013, desistido); CH Cóndor (Lautaro-Vilcún, ingresado dos veces: en agosto 2010, no calificado y en abril 2013, aprobado); CH Añihuerraqui (Curarrehue, ingresado en noviembre 2013, aprobado); CH Las Nieves (Melipeuco, ingresado en octubre 2012, aprobado); CH Pangui (Curarrehue, ingresado en julio 2011, aprobado); CH El Canelo

la tasa de aprobación de los proyectos minihidros ubicados en la región de La Araucanía que son calificados por la COEVA es de un 73,3%, mientras que la tasa de aprobación de los proyectos minihidro evaluados a lo largo de las diferentes etapas por las que transcurre el proceso del SEIA es del 44% (11 proyectos aprobados v. 14 proyectos no admitidos a trámite, no calificados o rechazados).

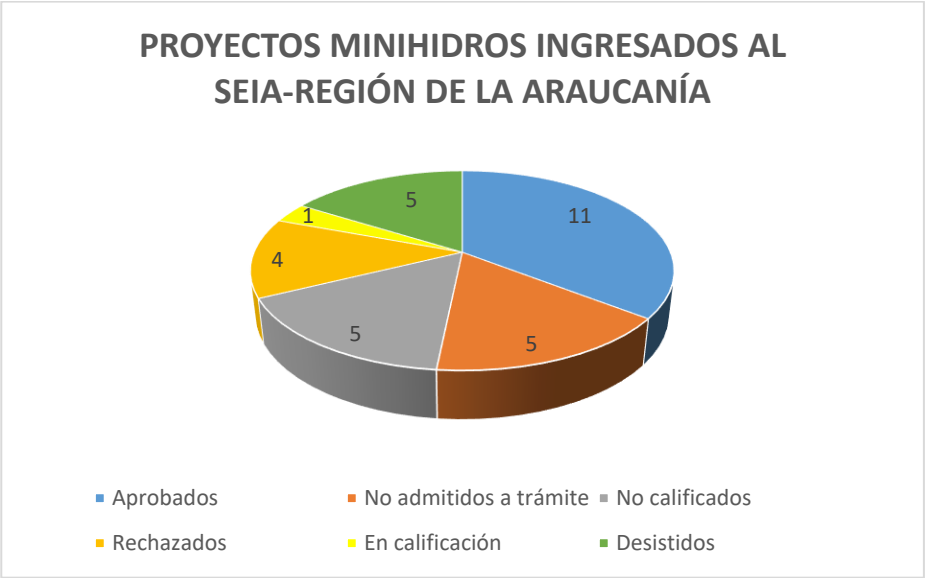


Ilustración 12. Proyectos minihidro en el SEIA-región de La Araucanía (elaboración propia en base a datos SEA)

(Melipeuco, ingresado en enero 2011, aprobado); CH Allipen (Cunco, ingresado en octubre 2010, aprobado); CH Río Picoiqué (Angol, ingresado en junio 2010, aprobado); CH Río Tacura (Melipeuco, ingresado en octubre 2007, no admitido a tramitación); CH El Manzano (Cunco-Melipeuco, ingresado en agosto 2007, aprobado); CH Peuma (Collipulli, ingresado en septiembre 2006, rechazado); CH Alto Cautín (Curacautín, ingresado en septiembre 2005, aprobado); CH Trueno (Vilcún, ingresado en mayo 2005, aprobado).

Las instituciones que rigen las diferentes etapas de la evaluación ambiental de los proyectos de inversión han dado cobertura a varios mecanismos mediante los cuales se ha posibilitado una proliferación de PCHS en donde los proponentes no se hacen cargo de las afectaciones a los sistemas vida y cultura de las comunidades mapuche. Estos efectos de la institucionalidad ambiental son debidos a que la naturaleza y la magnitud de las afectaciones ambientales que generan las PCHS no son comprendidas de la misma manera por las comunidades mapuche y los inversores privados y servidores públicos. Para los mapuche los proyectos hidroeléctricos generan impactos ambientales, sociales, culturales y espirituales que no pueden identificarse y valorarse separadamente; los proponentes de las centrales y evaluadores del SEA, en cambio, separan los impactos ambientales de los sociales y culturales en sus evaluaciones y no reconocen suficientemente la dimensión espiritual de las afectaciones al territorio (Leon 2020; Kelly-Richards 2018; Weke 2017b; Crisóstomo-Loncopán 2019). Estas diferencias epistemológicas y ontológicas son finalmente resueltas desde la hegemonía del conocimiento occidental que impone los impactos que se reconocen, la escala de los mismos y las categorías desde las que son analizados (Kelly-Richards 2018; Guerra-Schleef 2020; Cepeda 2021) motivando así que el SEA no constituya un marco apropiado para la evaluación de las afectaciones socioculturales y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas (Jiménez y Millaleo 2016).

3.3.2. Primera etapa: Diseño de los proyectos e ingreso en el SEIA.

El art. 10 de la LBGMA y el art. 3 RSEIA recogen el listado taxativo de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases y que deben ingresar al SEIA. Los

proyectos de CH se ven concernidos por el literal c) de ambos cuerpos normativos, el cual establece que las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW deben ingresar al SEIA (SEA y Ministerio de Energía 2012). De esta manera, la normativa ambiental asume el criterio que una central pequeña es igual a sostenible medioambientalmente ya que no genera susceptibilidad de afectación ambiental (Faundes 2020, Kelly-Richards 2018) y establece la capacidad instalada de energía (MW) como el principio rector para considerar si un proyecto hidroeléctrico debe o no ingresar al SEIA, lo que desde el punto de vista de la evaluación de los impactos de la generación hidroeléctrica constituye un error ya que la capacidad instalada no define por sí misma la naturaleza y alcance de las afectaciones de los proyectos minihidro (Kelly-Richards et al. 2017b; Kelly-Richards 2019); por el contrario, otras categorías como la tipología de la central (de embalse o de pasada), la localización (geografía física y cultural, régimen hidrológico y de la propiedad de la tierra, pendiente del lecho del río, riesgo de peligros naturales), el diseño y modo de operación de la central (tipología y longitud del desvío; longitud de la galería de aducción y del canal de alimentación y de cola; material y diámetro de las tuberías; *gross static head*; capacidad de almacenamiento y área embalsada; altura de la presa; tipología de las turbinas; eficiencia en atrapar sedimentos; proyectos en cascada o series hidráulicas en una misma cuenca) y la infraestructura auxiliar (construcción de líneas de transmisión, carreteras, caminos; longitud de las líneas de transmisión hasta el centro de carga o punto de conexión; distancia entre la casa de generación y el rebosadero; distribución de energía mediante líneas de alta tensión o red local) guardan una relación tan o más directa con los impactos ambientales ocasionados por las centrales (Kelly-Richards 2019; Kelly-Richards et al. 2017b, 2017a;

Couto y Olden 2018; Kumar y Katoch 2015a, 2015b; Anderson et al. 2014; Kibler y Tullos 2013; Abbasi y Abbassi 2011; International Panel on Climate Change - IPCC 2011; Csiki y Rhoads 2010; Egré y Milewski 2002; Gleick 1992).

Además, al definir la evaluación de los impactos en base a la energía generada por las centrales, se posibilita que los proponentes de CH con capacidad instalada igual o inferior a 3 MW queden efectivamente liberados de someter sus proyectos al SEIA en la medida en que a ninguna de las partes u obras de la CH propuesta le puedan ser aplicables las actividades contempladas en el art. 3 del RSEIA (SEA y Ministerio de Energía 2012; Tohá 2017). Para el caso de las minihidros, habría que verificar el literal a) de este art.: acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el art. 294 del CA¹⁰⁷; el literal b), cuando se contemplen líneas de transmisión de alto voltaje y sus subestaciones¹⁰⁸; y el literal p), cuando se contemple ejecutar obras, programas o actividades en un área colocada bajo protección oficial (SEA y Ministerio de Energía 2012). Si el proyecto hidroeléctrico con capacidad instalada igual o inferior a 3 MW no recae en ninguno de estos supuestos, queda entonces

¹⁰⁷ El art. 294 del CA establece que requerirán la aprobación del Director General de Aguas la construcción de las siguientes obras: a) embalses de capacidad superior a 50.000 m³ o cuyo muro tenga más de 5 m de altura; b) acueductos que conduzcan más de 2 m³ por segundo; c) acueductos que conduzcan más de medio m³ por segundo, que se proyecten próximos a zonas urbanas, y cuya distancia al extremo más cercano del límite urbano sea inferior a 1 km y la cota de fondo sea superior a 10 m sobre la cota de dicho límite; y d) sifones y canoas que crucen cauces naturales.

¹⁰⁸ Las líneas de alto voltaje son aquellas que conducen energía eléctrica con una tensión superior a 23 kV mientras que las subestaciones de líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje son aquellas que se relacionan con una o más líneas de transporte de energía eléctrica y que tienen por objeto mantener el voltaje a nivel de transporte (art. 3.b, RSEIA).

definitivamente liberado de ingresar al SEIA¹⁰⁹. En caso contrario, debería ingresar al SEIA a pesar de que la central proyectada tenga una capacidad instalada igual o inferior a 3 MW (Pérez 2020).

En caso de duda de si debe o no ingresar el proyecto al SEIA, los proponentes pueden realizar una consulta de pertinencia de ingreso al SEA para que este les informe al respecto (art. 26 del RSEIA). Las respuestas del SEA a las cartas de pertinencia no tienen carácter vinculante y pueden ser objeto de revisión por parte de la SMA (SEA 2020). La práctica totalidad de proyectos hidroeléctricos con capacidad instalada igual o menor a 3 MW terminan solicitando una carta de pertinencia de ingreso al SEA debido a que el resto de servicios públicos les van a exigir posteriormente este documento para tramitar los permisos sectoriales que requieran (Pérez 2020). Sin embargo, la gran mayoría de minihidros con capacidad instalada igual o inferior a 3 MW no ingresan al SEIA a pesar de enviar cartas de pertinencia al SEA y eluden por tanto la realización de consultas indígenas¹¹⁰.

¹⁰⁹ Los titulares de las CH pueden ingresar voluntariamente sus proyectos al SEIA aunque la normativa vigente no les obligue a ello (art. 164 RSEIA).

¹¹⁰ De las 48 cartas de pertinencia enviadas al SEA en relación a proyectos minihidro ubicados en la región de La Araucanía, 39 fueron informadas que no requerían ingresar al SEIA, lo que supone un porcentaje del 81,25% (minicentrales hidroeléctricas El Canelo, Relicura, Remeco, Rilul, La Esperanza, Hidrowatt Carileufu, Cheanchillie, Romero, Los Chilcos Hidro, Resbalozo Hidro, Colorado, Trailelfu, Chaura y Alalem, Estero Pedregoso y Estero Pichipedregoso (x2), Los Helechos, Quilentue, Cabrero, San Antonio, Santa Elena, Pequeños Medios de Generación Distribuida (PMGD) “El Saltillo”, PMGD Palguín; PMGD El Manzano (x2) y PMGD Cohiue (x2); modificaciones de las minicentrales hidroeléctricas Las Nieves, Carilaquén-Malalcahuello, Carilaquén, Allipén (x2), Alto Cautin, Río Picoquén (x3) y Pangui; precisiones minicentral Añihuerraqui; y planes de manejo forestal de las minicentrales hidroeléctricas El Manzano y El Canelo); 7 que sí estaban obligadas a ingresar al SEIA, equivalente a un 14,5% del total (minicentrales hidroeléctricas Muco, Pellines, Dicahue Hidro 1, Dicahue Hidro 2, Dicahue Hidro 3, Chanlelfun y Chaura); y dos proyectos se estimaron abandonados por el SEA debido a que el proponente no

Esta normativa ambiental ha posibilitado que algo más de la mitad de los proyectos minihidros a nivel nacional hayan quedado eximidos de ingresar al SEIA. A nivel de la región de La Araucanía, el porcentaje de proyectos minihidros que no requieren ingresar al SEIA aumenta hasta el 59,3%¹¹¹. Además, habría que considerar los proyectos que se encuentran en fase de prefactibilidad respecto de los cuales no ha sido posible obtener información más detallada debido al compromiso de confidencialidad entre el Ministerio de Energía y los inversores privados y por la escasez de recursos materiales y humanos de las Secretarías Regionales Ministeriales (SEREMIS) de Energía para poder dar respuesta a mis requerimientos en esta materia a través del Portal Transparencia del Gobierno de Chile. El catastro de la UGP recoge un universo de 93 proyectos en etapa de prefactibilidad a nivel nacional, de los cuales un 49,4% (46 proyectos) tendrían una capacidad instalada igual o inferior a 3 MW y por lo tanto cabría la posibilidad de que no ingresaran en el SEIA. En la región de la Araucanía, un 53,3% de los proyectos minihidros en etapa de prefactibilidad son susceptibles de no ingresar al SEIA por tener proyectada una capacidad instalada igual o inferior a 3 MW (el catastro recoge 8 proyectos de un total de 15).

presentó los antecedentes solicitados por la autoridad ambiental (micro centrales hidroeléctricas Celeste 1 y Verde 1).

¹¹¹ Según el Catastro de la UGP del Ministerio de Energía (ver Anexo), actualizado con fecha de noviembre del año 2017, 88 de los 169 proyectos de generación en base a pequeña hidroelectricidad existentes en Chile no han requerido ingresar al SEIA, lo que supone un porcentaje del 50,8% respecto del total. En la región de La Araucanía este porcentaje es incluso superior en 9 puntos ya que 19 de los 32 proyectos minihidros no han requerido ser sometidos al SEIA (minicentrales hidroeléctricas Catrileufu y Romero en Melipeuco; Trailelfu en Pucón; Resbalozo Hidro, Remeco, Relicura y Río Pangui en Curarrehue; Lolen en Lonquimay; Cabrero, Río Negro y Santa Elena en Cunco; Quilentué, Molinera Villarrica, Pedregoso y Pichipedregoso en Villarrica; Pintoresco y El Agrio en Curacautín; Coihue en Angol y Los Helechos en Loncoche).

Los proyectos minihidros que finalmente no ingresan al SEIA están liberados de tener que realizar la consulta indígena especial contemplada en el art. 85 del D.S. 40, el cual regula los requisitos y desarrollo de la consulta indígena en el marco de proyectos de inversión que ingresan al SEIA mediante un EIA¹¹². Sin embargo, a pesar de que la consulta indígena en el contexto de proyectos energéticos se ha tendido a vehicular y limitar a través del SEIA por la remisión que hace el D.S. 66¹¹³, en la medida que estos proyectos requieran de otros permisos sectoriales de la Administración, como puedan ser concesiones eléctricas o permisos que otorga la DGA y generen afectación del art. 6 del Convenio 169 deberían quedar sujetos a la consulta indígena general que reglamenta el D.S. 66 (Guerra-Schleef 2020, Silva 2017, Faundes

¹¹² El art. 85 del D.S. 40 regula la consulta indígena de los proyectos de inversión sometidos al SEIA mediante un EIA de la siguiente manera: “*en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los arts. 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más GHPPI, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del art. 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente*”.

¹¹³ El D.S. 66 del Ministerio de Desarrollo Social fue promulgado en noviembre de 2013 y aprobó el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del art. 6 del Convenio 169 de la OIT. En su art. 8 establece que “*la resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA [...] y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del SEIA, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el art. 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta*”.

2020, Jiménez y Millaleo 2016). Este marco regulatorio general de la consulta indígena debería continuar operando de forma supletoria e imperativa en los casos no cubiertos por la legislación ambiental (Faundes 2020). Sin embargo, el art. 7 del D.S. 66 restringe la aplicabilidad de la consulta previa a las medidas no regladas o discrecionales de la Administración de manera que las concesiones eléctricas y los DAA y permisos otorgados por la DGA, en tanto que actos reglados donde la autoridad administrativa no tiene discrecionalidad (Vergara 2004a), tampoco han terminado realizando consultas previas con las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas (Barros y Schönsteiner 2014; DGA 2020¹¹⁴), lo que supone una vulneración de los estándares fijados por el Convenio, del principio de la buena fe que implica reconocer autoridad a las decisiones de los órganos de vigilancia dispuestos en los mismos instrumentos suscritos por los Estados y del principio *prohomine* de interpretación de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos, que obliga a optar por la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos (Fuenzalida 2015; López y Mohr 2014; Faundes 2020; Durán 2014).

¹¹⁴ La DGA ha reconocido que no ha realizado ninguna consulta indígena para otorgar permisos de obras hidráulicas o constituir DAA. Solicitud de información AM006T0002122, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 2 de noviembre de 2020. El art. 7 del D.S. 66 exige además la generación de afectaciones directas, significativas y específicas sobre los pueblos indígenas, particularmente en lo que concierne al ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o en la relación con sus tierras indígenas para que proceda la consulta previa a la adopción de medidas administrativas. Esta configuración de la procedencia de la consulta indígena en el D.S. 66 también vulnera los estándares internacionales, que exigen susceptibilidad y no afectación directa, no requieren significancia de la afectación y no limitan la susceptibilidad de afectación a los impactos de carácter cultural (Meza-Lopehandía et al. 2014).

Esta interpretación del D.S. 66 en base a las normas del derecho administrativo interno colisiona con las obligaciones internacionales asumidas por Chile en materia de derechos humanos al ratificar por ejemplo el Convenio 169 de la OIT o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La OIT ha sostenido que los decretos concesionales constituyen medidas administrativas cubiertas por el Convenio 169 ya que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y varios mecanismos internacionales de supervisión de los derechos humanos han exigido a Chile la realización de consultas indígenas previas al otorgamiento de concesiones administrativas (concesiones eléctricas, DAA, permisos de obras hidráulicas, entre otras) para la explotación y exploración de recursos naturales en territorios indígenas. El argumento del Gobierno chileno ha sido que tales concesiones no son materia del reglamento del SEIA ni son competencia de la institucionalidad ambiental, por lo que entiende que no aplica la consulta indígena contemplada por el D.S. 40 para los proyectos de inversión. Tanto la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) como el Comité Tripartito de la OIT han observado al Gobierno chileno que otorgar concesiones sobre recursos naturales en territorios indígenas y/o reasentar a comunidades sin haber realizado consulta indígena contraviene el Convenio N° 169 por lo que antes de adoptar una RCA que se pronuncie en favor de un proyecto o actividad susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno debe cumplir con los requerimientos de los arts. 6, 7 y, según proceda, 15 y 16 del Convenio (CEACR 2017a, 2017 b). En este sentido, la CEACR ha señalado que los marcos sectoriales, entre ellos el CA y la LGSE, no contienen disposiciones sobre consulta indígena en caso de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión

(CEACR 2013) y es por ello que ha exigido a Chile que modifique la legislación nacional y el RSEIA para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados antes de que se emprenda o autorice cualquier programa de exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras y salvaguardar así los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales que establece el art. 15 del Convenio (CEACR 2013; CEACR 2014). También el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya (A/HRC/15/37, párr. 56-57; A/HRC/24/41, párr. 40, 55) y la Corte IDH (*casos Sarayaku v. Ecuador, Saramaka v. Surinam*) han exigido la realización de consultas indígenas de manera previa a la entrega de concesiones administrativas. En el caso Sarayaku, la Corte señaló la obligación estatal de realizar EIA y consultas como *“una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo”* y como una forma de evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión y asegurar que las comunidades indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, *“con conocimiento y de forma voluntaria”*¹¹⁵. Es por ello que la Corte concluye que el Estado tiene la

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

obligación de garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental, que debe realizarse conforme a los estándares internacionales respetando las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y concluirse de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio¹¹⁶.

En tanto que la consulta previa es una cláusula autoejecutable (Montt y Matta 2011; Cea 1997) que no necesita de ulterior desarrollo legislativo o reglamentario para ser aplicable y exigible de manera inmediata y directa (Faundes 2020; Meza-Lopehandía 2015; Aylwin et al. 2016)¹¹⁷, el estándar del Convenio, que no distingue entre medidas regladas y discrecionales, debería continuar operando a pesar de que la legislación y reglamentación doméstica fijen un estándar más bajo de procedencia de la consulta (Faundes 2020; Fuenzalida 2015). Sin embargo, los proyectos de minihidros que no ingresan al SEIA quedan eximidos no solamente de la consulta indígena contemplada en el D.S. 40 sino también de la consulta general del D.S. 66 por una interpretación estrecha y formalista del reglamento desde el

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido contradictoria en este sentido, reconociendo el carácter autoejecutable del derecho a la consulta previa contemplado en el art. 6 del Convenio y en cambio sosteniendo la naturaleza programática para la consulta previa recogida en el art. 15 del tratado internacional (Rol 309, 2000) (Fuenzalida 2015).

derecho administrativo interno que se impone al derecho internacional público (Jiménez y Millaleo 2016; Durán 2014; Faundes 2020; Barros y Schönsteiner 2014) y que supone una clara amenaza para los sistemas de vida y cultura mapuche al excluir los actos reglados del paraguas de la consulta previa (Tohá 2017; Ministerio de Energía 2017a, 2017b).

En el supuesto que un proyecto minihidro deba ingresar al SEIA, el proponente debe revisar el art. 11 LBGMA y el Título II RSEIA para identificar si su proyecto genera los efectos, características o circunstancias que suponen impactos ambientales significativos y requieren la elaboración de un EIA¹¹⁸. Cuando el proponente tenga dudas respecto a la significancia de los impactos o efectos generados por su proyecto sobre los pueblos indígenas y la procedencia de la consulta indígena, dispone de la posibilidad de realizar una consulta de pertinencia de susceptibilidad de afectación directa al SEA, quien debe realizar reuniones con los GHPPI que habitan en el área de influencia del proyecto para recabar sus opiniones y considerar sus mecanismos decisorios, costumbres y estructuras organizativas antes de emitir un pronunciamiento respecto a la existencia de impactos significativos

¹¹⁸ Estos efectos, características o circunstancias que exigirían un EIA son: a) riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

sobre GHPPI dentro del área de influencia del proyecto (art. 27 RSEIA; CEACR 2014; OIT 2016)¹¹⁹.

Cuando no se generan los efectos significativos del art. 11 LBGMA y el Título II RSEIA, el proponente ingresará su proyecto al SEIA mediante una DIA¹²⁰. La gran mayoría de proyectos (minihidros) tratan de ingresar al SEIA mediante una DIA (Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016) ya que ello otorga una serie de ventajas a los inversores en comparación a los proyectos que ingresan mediante EIA (SEA 2020): plazo de evaluación más breve (máximo de 90 días); participación ciudadana solo aplica en caso de que el proyecto genere cargas ambientales y la Participación Ambiental Ciudadana (PAC) sea solicitada por 10 personas naturales directamente afectadas o por 2 organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica (art. 94 RSEIA); la no realización de consultas indígenas; la no elaboración de la línea de base ni la obligatoriedad de asumir medidas de mitigación, compensación y reparación para hacerse cargo de los impactos significativos reglados en el art. 11 LBGMA (art. 18 RSEIA, SEA 2020)¹²¹.

¹¹⁹ El SEA ha informado que no se han desarrollado reuniones con grupos indígenas en la región de La Araucanía a través del mecanismo previsto por el art. 27 RSEIA. Solicitud de información AW004T0004771, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 25 de noviembre de 2020.

¹²⁰ Una DIA es el documento descriptivo de un proyecto o actividad que se pretende realizar, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes. Un EIA es el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo y que debe proporcionar los antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos (SEA 2020).

¹²¹ Las medidas de mitigación ambiental son aquellas que tienen por finalidad evitar o disminuir los efectos adversos del proyecto o actividad, cualquiera sea su fase de ejecución (art. 98 RSEIA); las medidas de reparación ambiental son aquellas que

tienen por finalidad reponer uno o más de los componentes o elementos del medio ambiente a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al impacto sobre dicho componente o elemento o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas (art. 99 RSEIA); y las medidas de compensación ambiental son aquellas que tienen por finalidad producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado, que no sea posible mitigar o reparar (art. 100 RSEIA). Los efectos de las medidas de mitigación o reparación deben producirse en las áreas donde se presentan los impactos significativos sobre los elementos del medio ambiente; en cambio, las medidas de compensación pueden llevarse a cabo en otras áreas que resulten efectivas si ello no resultara posible (art. 101 RSEIA).

Ilustración 13. Diferencias DIA-EIA. Elaboración propia en base a SEA 2020

Categorías	DIA	EIA
Instrumento de Ingreso al SEIA	No genera efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA	Sí genera a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA
Contenidos mínimos	Art. 18 LBGMA: descripción del proyecto; antecedentes que justifiquen la inexistencia de los efectos características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA; plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable; descripción de compromisos ambientales voluntarios; compromisos de someterse a un proceso de evaluación y certificación de conformidad de la RCA; ficha resumen de las fases del proyecto y de los contenidos de las letras a), b), c) i d); listado de personas que participan en la elaboración del DIA	Art. 19 LBGMA: índice; resumen; descripción del proyecto; determinación y justificación del área de influencia; línea de base; predicción y evaluación de impactos; descripción pormenorizada de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA; potenciales riesgos para la salud en caso de inexistencia de normas de calidad o emisión; Plan de medidas de mitigación, reparación y compensación; plan de prevención de contingencias y emergencias; plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes; plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable; descripción del contenido de compromisos ambientales voluntarios; ficha resumen de los contenidos de las letras c), f), g), i), j), k) l) y m); descripción de acciones realizadas previo al ingreso al SEIA con organizaciones ciudadanas o personas directamente afectadas; apéndices y anexos
Plazo de evaluación	60 días	120 días
Ampliación plazo de evaluación	30 días	60 días
Aplicabilidad de la de la PAC	Solo si el proyecto genera cargas ambientales y la PAC es solicitada por dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o 10 personas naturales directamente afectadas	Siempre
Duración de la PAC	20 días (desde la admisión de una DIA, la ciudadanía afectada cuenta con un plazo de 10 días para solicitar la PAC al SEA	60 días
Ampliación PAC por modificación del proyecto durante evaluación ambiental	30 días	10 días en modificaciones sustantivas
Número máximo de ICSARAS-ADENDAS	20 días (desde la admisión de una DIA, la ciudadanía afectada cuenta con un plazo de 10 días para solicitar la PAC al SEA	Siempre
Aplicabilidad de la Consulta indígena	No aplica	Aplica cuando hay impacto significativo a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas
Causales rechazo proyecto	No acreditar cumplimiento de la normativa ambiental aplicable No proponer medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas para hacerse cargo de los efectos del art. 11 LBGMA	No acreditar cumplimiento de la normativa ambiental aplicable Requerir un EIA debido a que proyecto genera efectos art. 11 LBGMA No subsanar errores, omisiones o inexactitudes
Recursos de reclamación	Ante Director Ejecutivo del SEA	Ante el Comité de Ministros, integrado por el Ministerio de Medio Ambiente, quien lo preside; y los ministros de Salud, de Economía, Fomento y Turismo; de Agricultura; de Energía y de Minería
Plazo presentación recurso de reclamación	30 días desde notificación de la resolución impugnada	30 días desde notificación de la resolución impugnada
Resolución admisión a trámite recursos de reclamación	30 días	60 días
Informes OAECA y terceros para recursos de reclamación	Optativos y no vinculantes	Obligatorios informes OAECA y optativos informes de terceros, ambos no vinculantes
Revisión RCA por parte del SEA	Nunca	Excepcionalmente en casos de RCA favorable y proyecto ejecutado

El 95 % de los proyectos ingresados al SEIA lo hacen a través de la presentación de una DIA, incluyendo, en este universo, proyectos de diversa naturaleza, envergadura y magnitud de impactos: desde el año 2011 hasta octubre 2020, han ingresado 10.048 proyectos, de los cuales 9.563 lo han hecho mediante una DIA (Centro de Documentación del SEA 2020). En el caso de las PCHS, un 76,6% de los proyectos minihidro a nivel nacional y un 67,7% a nivel de la región de La Araucanía han ingresado en el SEIA mediante una DIA¹²².



Ilustración 14. Instrumentos de ingreso al SEIA para proyectos minihidro - Chile y región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA

En la etapa de diseño e ingreso de los proyectos se desarrollan algunas prácticas recurrentes entre los proponentes de PCHS como la fragmentación de los proyectos, la subestimación de los impactos que ocasionan con el propósito de eludir el ingreso en el SEIA o modificar el instrumento de ingreso en el SEIA y presentar una DIA en lugar de un EIA (Kelly-Richards 2018; Kelly-Richards et al. 2017a; Guerra-Schleef 2019b) y la presentación de antecedentes incompletos y con omisiones en relación al área de influencia del proyecto.

En lo que concierne a la práctica de fraccionamiento de los proyectos, se trata de una práctica prohibida por la LBGMA¹²³. En cambio, la presentación de proyectos por

¹²² En cifras absolutas, en el conjunto del país, 141 proyectos minihidros de un total de 184 han ingresado al SEIA mediante una DIA; en la región de la Araucanía, 21 proyectos minihidro de un total de 31 han ingresado mediante una DIA: CH Llanquihue (Pucón); Enersur y Trueno (Vilcún); Río Cherquén, El Traro y Allipén (Cunco); Alto Cautín y Doña Alicia (Curacautín); El Cóndor (Lautaro-Vilcún); El Rincón, Las Nieves, El Canelo y Río Tacura (Melipeuco); Panguí (Curarrehue); Picoquén (Angol); El Manzano (Cunco-Melipeuco); Peuma (Collipulli). Estos datos han sido obtenidos a partir del catastro de proyectos minihidros de la UGP del Ministerio de Energía y de la información pública facilitada por el SEA.

¹²³ El Art. 11 bis introducido en la LBGMA establece que: “Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el

etapas sí que está permitida y el problema radica en que ni la ley ni el art. 2 RSEIA definen lo que es el fraccionamiento de un proyecto o actividad más allá de establecer que la fragmentación solo será reprochable en la medida que tenga como pretensión plenamente consciente del proponente eludir el ingreso al SEIA o modificar el instrumento de evaluación (el requisito “a sabiendas” supone que cuando se generan estos efectos como resultado de un error del proponente no puede admitirse la práctica de fraccionamiento). El control preventivo de la práctica de fraccionamiento reside en el SEA (Tribunal Ambiental de Valdivia, R-78, 2018) que puede ejercer esta facultad por dos vías: cuando es evidente el ingreso al SEIA mediante un EIA, el SEA pone fin a la irregularidad mediante la inadmisibilidad, término anticipado de la evaluación o rechazo de la DIA; cuando no es evidente el EIA, el SEA puede suspender la evaluación y remitir los antecedentes del caso a la SMA para que determine si hay fraccionamiento (Hervé 2014)¹²⁴. En todos los supuestos, las facultades correctivas y sancionatorias de la práctica de fraccionamiento son competencia de la SMA (Jiménez y Millaleo 2016, Torres 2017).

A pesar de que la Ley N° 20.417 de 2010 pretendía poner fin a esta práctica, no se ha logrado dicho objetivo debido a que los elementos requeridos por el legislador para configurar la conducta típica exigen un estándar de prueba altísimo a cargo de la SMA, que parece no tener las facultades necesarias para alcanzar dicho estándar probatorio¹²⁵. Paralelamente, las comunidades afectadas han recurrido a los tribunales ambientales y ordinarios por el fraccionamiento de proyectos mediante recursos de reclamación y protección en contra del SEA, lo que plantea un “choque de competencias” entre la SMA y los tribunales en lo que concierne a la definición de la práctica de fraccionamiento y su sanción (Naranjo 2014, Torres 2017). Un ejemplo paradigmático en que los tribunales han establecido el fraccionamiento de proyectos minihidros ha sido el caso de la CH Las Flores, donde el Tribunal Ambiental de Valdivia anula una RCA que autorizaba la

ingreso al SEIA. Será competencia de la SMA determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del SEA, para ingresar adecuadamente al sistema. No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas”.

¹²⁴ Sin embargo, el SEA muy excepcionalmente ha cumplido con su mandato de control preventivo de la práctica de fraccionamiento, lo que habilita a los proponentes para definir áreas de afectación directa más pequeñas y eludir o minimizar el alcance de los impactos generados por sus proyectos (Kelly-Richards 2018). El único caso relativo a minihidros donde el SEA ha identificado la práctica de fraccionamiento en la región de La Araucanía tiene que ver con una carta de pertinencia relativa a los proyectos de las CH Dicañue 1, Dicañue 2 y Dicañue 3. SEA, Resolución Exenta (Res. Ex.) N° 42 (2014).

¹²⁵ La SMA ha informado que no ha impuesto ninguna sanción por fraccionamiento de PCHS. Solicitud de información AW003T0004956, Portal Transparencia Gobierno de Chile. Respondida el 16 de noviembre de 2020.

ampliación de la central debido a que quedó probado que el proponente había diseñado originariamente la central para generar 5 MW, que decidió fraccionar el proyecto para evitar superar el umbral de generación que exige que los proyectos ingresen al SEIA y que planificó desde el principio un futuro incremento de la capacidad instalada de la central mediante una simple ampliación de la casa de máquinas y la instalación de una turbina adicional para alcanzar así la meta de generación prevista¹²⁶; otra casuística de la práctica de fraccionamiento en proyectos hidroeléctricos es la no inclusión infraestructura auxiliar, por ejemplo caminos (caso del proyecto hidroeléctrico Mediterráneo) o líneas de transmisión (caso de la CH Cuervo) en el instrumento de ingreso al SEIA¹²⁷.

En lo que respecta a la práctica de los proponentes de subestimar los efectos de sus proyectos para modificar el instrumento de ingreso al SEIA, ha sido identificada por el SEA en cuatro ocasiones y ha tenido como consecuencia que la autoridad ambiental resolviera la inadmisibilidad o el término anticipado a la evaluación ambiental de los proyectos presentados por los proponentes por considerar que debieran ingresar mediante un EIA y no una DIA. Así, el SEA resolvió la inadmisibilidad de la DIA en el proyecto minihidro Aillín y Las Juntas (región del Bio Bio), por afectación de fauna y flora protegida y requerir ingresar con un EIA al generar los efectos, características y/o circunstancias señaladas en el art. 11 letra b) de la LBGMA¹²⁸. En los otros tres casos, el SEA resuelve poner término anticipado a la evaluación ambiental de los proyectos y requiere al proponente ingresar al SEIA mediante un EIA, sustentando sus resoluciones en las afectaciones significativas en términos de magnitud y duración sobre el valor turístico y paisajístico de la zona (caso CH Doña Alicia, región de La Araucanía); la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos protegidos al obstruir y restringir su libre circulación y conectividad de manera permanente, limitar y obstruir su acceso al recurso hídrico existente en el río, y la posible afectación a sitios con valor antropológico y arqueológico (caso de la minicentral hidroeléctrica Río Cherquén, región de La Araucanía); y en las afectaciones a la flora y fauna nativa, a los flujos de comunicación y transporte de comunidades indígenas, y al valor paisajístico y turístico de la zona así como por la exclusión de una comunidad

¹²⁶ Tribunal Ambiental de Valdivia, R-78, 2018.

¹²⁷ Tribunal Ambiental de Valdivia, R-28, 2016 y R-42-2017.

¹²⁸ COEVA Región del Bio Bio, Res. Ex. N° 187 (2015).

indígena del área de influencia del proyecto (caso del proyecto hidroeléctrico Florín II y Florín III, Región de Los Ríos)¹²⁹.

En otras ocasiones, las más abundantes, los proponentes han presentado los antecedentes de sus proyectos con significativas omisiones y el SEA ha tenido que resolver la inadmisibilidad o término anticipado de la evaluación ambiental de las DIA por entender que los antecedentes presentados no satisfacen los contenidos mínimos exigidos por el RSEIA para las DIA¹³⁰ ni permiten valorar la inexistencia de los efectos, características o circunstancias contemplados en los art. 11 de la LBGMA y 10 del RSEIA, siendo esta omisión de información no subsanable mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones¹³¹. Entre los casos en que el SEA declara la inadmisibilidad de los proyectos por la ausencia de antecedentes en la descripción del proyecto que permitan determinar la afectación a población indígena localizada en el área de influencia del proyecto, destacan las omisiones relativas a las afectaciones a las manifestaciones culturales propias de las comunidades mapuche emplazadas en torno al proyecto (nguillatún, palin, rogativas...) de la CH El Rincón (región de La Araucanía) o la falta de una delimitación detallada y concreta del territorio mapuche afectado por el proyecto hidroeléctrico en el caso de la central Huequecura (región del Bio Bio)¹³².

Entre los casos que el SEA resuelve poner término anticipado a la evaluación de los proyectos por falta de antecedentes presentados en relación a la afectación a población indígena destacan los casos de la CH Cóndor (región de La Araucanía), que no define el área de influencia directa e indirecta de una línea de transmisión de 23 Kv ni informa de su proximidad a territorio mapuche ni de su eventual afectación a sitios de significación

¹²⁹ COEVA Región de La Araucanía, Res. Ex. N° 150 (2013) y Res. Ex. N° 353 (2014), COEVA Región de Los Ríos, Res. Ex. N° 003 (2012).

¹³⁰ El contenido mínimo de una DIA está establecido en los arts. 12-17 (contenidos mínimos comunes de los EIA y DIA) y el art. 19 del RSEIA.

¹³¹ El art. 18 bis de la LBGMA, incorporado por la Ley N° 20.417, señala: “Si la DIA carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un EIA, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento”.

¹³² COEVA Región de La Araucanía, Res. Ex. N° 124 (2012) y COEVA Región del Bio Bio, Res. Ex. N° 259 (2016). Otros proyectos minihidro declarados inadmisibles por el SEA en base a falta de antecedentes no relativos a la categoría indígena son las CH Don Walterio (Región de Los Ríos); Río Grande, Río Grande (reingreso) (región de Coquimbo); Alto Renaico, Diuto II, Diuto II (reingreso), Diuto II (2° reingreso), Licura y Quitralman 1 y 2, Quilaquín, Licura, Huequecura (reingreso), Huequecura (2° reingreso) (Región del Bio Bio); Río Tacura, Llanalil (Región de La Araucanía); Dongo (Región de Los Lagos); Los Presidentes (Región Metropolitana).

cultural¹³³; la CH Chanleufu (región de Los Lagos), que no aborda las afectaciones a los sistema de vida y costumbres de los grupos humanos mapuche¹³⁴; y la CH Río Chico (región de Los Lagos), que omite la ubicación de personas pertenecientes a las comunidades mapuche cercanas al proyecto y no describe ni caracteriza el uso económico o tradicional que hacen de los recursos naturales, las rutas y caminos utilizados por los miembros de las comunidades, las actividades tradicionales y culturales desarrolladas en el área de influencia como la recolección de plantas medicinales y espacios ceremoniales, y los DAA propiedad de las comunidades indígenas¹³⁵.

Este tipo de prácticas entre los proponentes son en parte posibles gracias a que en la fase de diseño de los proyectos y de elección del instrumento de ingreso al SEIA no se produce consulta previa con las comunidades indígenas, de manera que los antecedentes, áreas de influencia y líneas de base de los proyectos son definidos por consultoras contratadas por los propios proponentes (Orrego 2017). Ello provoca dos efectos:

i) las declaraciones y estudios de impacto ambiental son insuficientes para evaluar correctamente los impactos socioculturales y en los derechos humanos ya que no son diseñadas para ello (Jiménez y Millaleo 2016). La falta de participación indígena obstruye la visibilización de impactos conforme a la cosmovisión indígena en esta etapa previa al ingreso al SEIA (Corte IDH¹³⁶; Meza-Lopehandía et al. 2014) y además limita severamente la capacidad de incidencia de la consulta indígena en la fase posterior de evaluación de los proyectos (Barros y Schönsteiner 2014; Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del SEIA 2016; CEACR 2019a, 2019b; OIT 2016). Cuando los proyectos ingresan en el SEIA, la localización y el diseño avanzado del proyecto ya han sido definidos por los proponentes y los pueblos indígenas se quedan sin posibilidades de influir sustantivamente en la caracterización del proyecto y tan solo pueden participar en la definición de impactos y medidas de mitigación, compensación y reparación (Jiménez y Millaleo 2016; Tauli-Corpuz 2020; González 2017b)¹³⁷. La consulta indígena debería

¹³³ COEVA Región de La Araucanía, Res. Ex. N° 120 (2010).

¹³⁴ COEVA Región de Los Lagos, Res. Ex. N° 416 (2012).

¹³⁵ COEVA Región de Los Lagos, Res. Ex. N° 133 (2019). Otros casos en que el SEA establece el término anticipado de la evaluación ambiental motivado por otra falta de antecedentes distintos a la categoría indígena son las CH Los Presidentes (Región Metropolitana), Perquillauquén (Interregional), Río Chanleufu (región de Los Lagos).

¹³⁶ La Corte IDH ha sostenido la necesidad de realizar la consulta indígena en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión (caso Saramaka).

¹³⁷ Como apuntan desde Statkraft Chile, la dificultad del SEIA radica en que los procesos de participación, sea consulta indígena o PAC, tienen lugar en la etapa de evaluación ambiental de los proyectos y en ese momento, cuando el proyecto ya ha ingresado al SEIA, el desarrollador tiene un proyecto definido y cerrado

realizarse anticipadamente en la fase de planificación del proyecto y elaboración del instrumento de ingreso al SEIA para incorporar consideraciones culturales en el diseño y localización de los proyectos de manera previa al inicio de la evaluación ambiental y facilitar así el desarrollo de las etapas siguientes (Jiménez y Millaleo 2016; González 2017b). De lo contrario, se vulnera el principio de buena fe que exige que la consulta tenga la posibilidad de incidir en la localización y el diseño del proyecto y en la elaboración del instrumento de ingreso al SEIA (Jiménez y Millaleo 2016; Faundes 2020; Tauli-Corpuz 2020). Sin embargo, predomina una interpretación estrecha y formalista de la procedencia de la consulta (Faundes 2020; Durán 2014; Guerra-Schleef 2017; Silva 2017) que sostiene que únicamente procede la consulta en el momento que se inicia el procedimiento de evaluación ambiental que lleva a la RCA (Jiménez y Millaleo 2016). Esta interpretación conculca el carácter de DF del derecho a la consulta previa que exige una interpretación garantista y no restrictiva del derecho (Jiménez y Millaleo 2016). En la medida que se trata de un mandato de optimización, el DF a la consulta previa exige al intérprete desarrollar al mayor nivel posible el contenido normativo del derecho que se establece en él (Jiménez y Millaleo 2016, Faundes 2020). Sin anticipar la consulta previa a la etapa de ingreso al SEIA, las consultoras privadas disponen de la potestad de definir los antecedentes y el área de influencia de los proyectos¹³⁸, elegir el instrumento de ingreso y condicionar la procedencia de la consulta indígena en la etapa de evaluación del proyecto y la visibilización del conocimiento indígena (Orrego 2017; Kelly-Richards 2018; Jiménez y Millaleo 2016).

ii) las declaraciones y estudios de impacto ambiental no garantizan la imparcialidad porque están a cargo de consultoras sobre las que no existe certificación o control sobre sus capacidades técnicas y que son contratadas por el mismo proponente interesado en la aprobación del proyecto y en la minimización de impactos para poder reducir costes (Jiménez y Millaleo 2016; Kelly-Richards 2018; Kelly-Richards et al. 2017a; Orrego 2017; Leon 2020). Estas consultorías de proyectos de inversión suponen un negocio multimillonario y en muchas ocasiones son cooptadas por los proponentes (Orrego 2017). Como se deben a quien les contrata, las consultoras tienden a ocultar o minimizar los impactos de los proyectos, especialmente cuando se trata de efectos significativos del art.

y resulta que es ya muy tarde y muy difícil para poder introducir cambios respecto a la localización y el diseño del proyecto (González 2017b).

¹³⁸ La potestad de definir el área de influencia de un proyecto y la manera exclusiva o compartida en que es ejercida esta potestad resulta clave para el proceso de evaluación ambiental pues se trata del único espacio en donde se consideran y evalúan las posibles afectaciones ambientales.

11 LBGMA para no tener que ingresar al SEIA con un EIA e incluso en el supuesto de que elaboren estudios técnicos más duros respecto a los potenciales impactos de los proyectos, finalmente es el proponente quien revisa y redacta el informe final según su conveniencia con el silencio aquiescente de los sectores científicos (Orrego 2017)¹³⁹. Como las comunidades locales no disponen de ningún mecanismo regulatorio en la etapa de ingreso del proyecto al SEIA que les permita incidir en la definición de la localización y el área de influencia del proyecto (Kelly-Richards 2018), las consultoras y los proponentes disponen de un amplio grado de discrecionalidad para definir los antecedentes de sus proyectos y el consiguiente instrumento de ingreso al SEIA en caso de ser requerido¹⁴⁰, lo que conduce a que con frecuencia se presenten áreas de influencia y líneas de base de los proyectos con falencias y omisiones en lo relativo a la escala del proyecto (minimización del área de influencia, exclusión de lugares de significación cultural y espiritual y de territorios que las comunidades indígenas usan y ocupan ancestralmente), el reconocimiento de las comunidades indígenas afectadas (especialmente en el caso de autoridades y comunidades tradicionales) y los efectos generados en el área de influencia del proyecto, lo que supone una amenaza para los derechos territoriales indígenas (Kelly-Richards 2018; Guerra-Schleef 2020; Kelly-Richards et al. 2017a)¹⁴¹.

3.3.3. Segunda Etapa: Evaluación de los proyectos en el SEIA.

Una vez que un proyecto ha ingresado en el SEIA y ha obtenido la resolución de admisibilidad por parte del SEA, se inicia la evaluación ambiental del mismo a partir de la información presentada por el proponente en un proceso que consta de diferentes fases: revisión del instrumento de ingreso si el proyecto ingresa con una DIA o un EIA que dice no generar afectaciones directas a los pueblos indígenas; evaluación del proyecto por

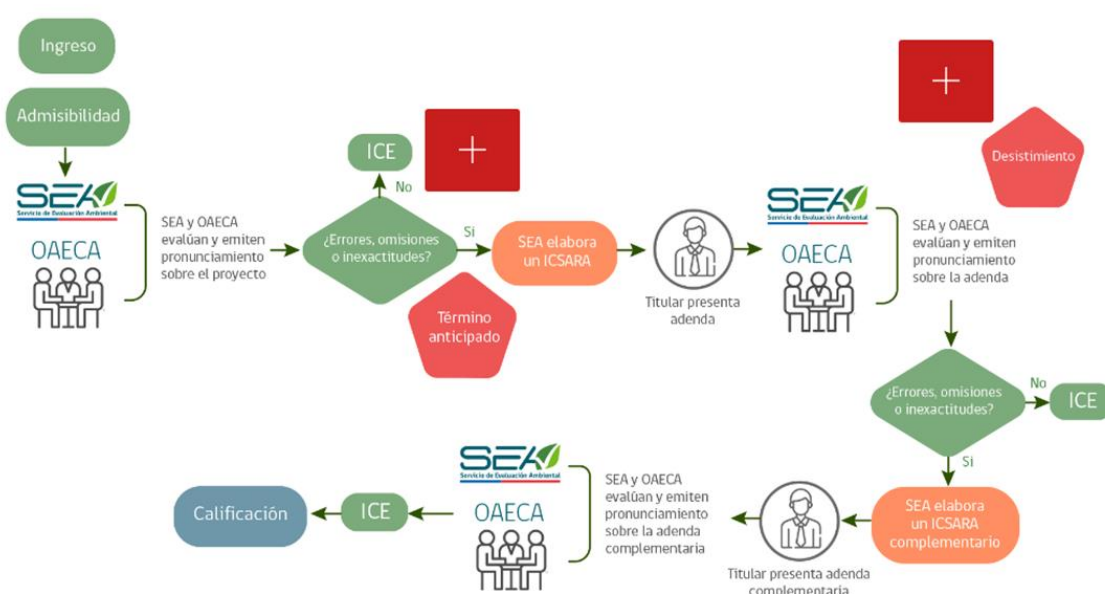
¹³⁹ Estas prácticas de las consultoras y los expertos científicos constituyen un verdadero fraude intelectual y los inversores se aprovechan de él para obtener los permisos ambientales que requieren para sacar adelante sus proyectos sabiendo que solo un 10% de las comunidades indígenas disponen de los recursos necesarios para litigar en los tribunales y desafiar las RCA favorables (Leon 2020).

¹⁴⁰ Cuando no es requerido el ingreso al SEIA, caso de las centrales generadoras con capacidad instalada igual o inferior a 3 MW, el poder discrecional de las consultoras alcanza su máxima expresión ya que la definición de los antecedentes y área de influencia del proyecto no quedan sujetos a ninguna ulterior fiscalización por parte de los servicios públicos (Kelly-Richards 2018).

¹⁴¹ Funcionarios de la CONADI en Temuco reconocieron que los proponentes de CH entregan al SEA y a los OAECA información muy detallada y extensa respecto de las afectaciones ambientales de sus proyectos de energía pero que en cambio las afectaciones antropológicas y culturales son abordadas desde la superficialidad y sin la atención requerida, lo que con frecuencia provoca muchas falencias en los estudios y declaraciones de impacto ambiental presentados (Muñoz 2017).

parte del SEA, que puede requerir de un intercambio de preguntas presentadas por los OAECA (Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones, ICSARAs) y respuestas del proponente (ADENDAS) y contar con instrumentos de participación ciudadana y consulta indígena para aclarar y mejorar la forma en que se gestionan los impactos; y finalmente, la elaboración de un ICE por parte del SEA que se nutre principalmente de los pronunciamientos de los OAECA (SEA 2020). Cada una de estas fases presenta falencias en lo que concierne a los mecanismos contemplados de participación indígena en la evaluación ambiental.

Ilustración 15. Etapas de la evaluación ambiental para un EIA y una DIA (SEA 2020)



Hay que destacar que en el proceso de evaluación ambiental ya no se discuten la aceptabilidad ni la localización del proyecto, que son algunos de los aspectos que más preocupan a las comunidades indígenas¹⁴² y que ya han sido definidos previamente por el titular del proyecto (Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del SEIA 2016). Por consiguiente, la participación indígena que se contempla para la etapa de evaluación ambiental de los proyectos se configura a través de reuniones para revisar el instrumento de ingreso en el SEIA y de procesos de participación ciudadana y consulta indígena para identificar potenciales impactos y definir las medidas de mitigación, compensación y reparación (SEA 2020). De esta manera, la participación indígena en el SEIA a través de

¹⁴² Otros aspectos claves de un proyecto y que son relevantes para las comunidades locales son el tamaño y diseño de las instalaciones; los beneficios de la iniciativa para el desarrollo de los territorios y las comunidades afectadas; y los impactos asociados (Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del SEIA 2016).

sus diferentes instrumentos se caracteriza por ser una institución que no garantiza a los pueblos indígenas la posibilidad de incidir en aquellos aspectos de los proyectos de inversión que son más relevantes para sus intereses (Barros y Schönsteiner 2014; OIT 2016; CEACR 2019a, 2019b; Jiménez y Millaleo 2016), como pueden ser el cambio de la ubicación del proyecto o la expresión de su rechazo al mismo, y que además presenta profundas limitaciones para resolver los conflictos con las comunidades indígenas por la manera claramente alejada de los estándares internacionales en que se ha configurado la participación indígena en el SEIA¹⁴³.

3.3.3.1. Reuniones con Grupos Humanos Pertenecientes a Pueblos Indígenas (GHPPI).

El art. 86 RSEIA establece que cuando los proyectos ingresan al SEIA mediante una DIA o un EIA que sostienen la no generación de afectación directa en los términos de los arts. 7, 8 y 10 del RSEIA, pero se emplazan en tierras indígenas, Áreas de Desarrollo Indígena o en las cercanías a GHPPI, la autoridad ambiental realizará “reuniones” con los GHPPI que se encuentren en el área de influencia del proyecto para recabar sus opiniones, analizarlas y poner término anticipado a la evaluación del proyecto en el caso de que se pruebe que un EIA o una DIA carecen de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiera ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones (art. 36 RSEIA) o que una DIA deba en realidad reingresar mediante un EIA (art. 48 RSEIA) donde sí se reconozca la generación de afectación directa y se asegure la celebración de consultas previas (SEA 2020; Jiménez y Millaleo 2016; Donoso 2014; CEACR 2014). Las reuniones entre el Director Regional o Director Ejecutivo del SEA y los GHPPI localizados en el área de influencia en que se desarrollará el proyecto o actividad pueden prolongarse por un período no superior a treinta días en el caso de un EIA y no superior a 20 días en el caso de una DIA contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto (SEA 2020). El RSEIA entiende que una DIA o EIA carecen de información relevante o esencial para su evaluación cuando sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del art. 11 LBGMA; y en el caso de un EIA, también

¹⁴³ Si bien es preciso reconocer que no todos los conflictos con las comunidades pueden ser resueltos en el marco del SEIA (Comisión Asesora Presidencial de Evaluación del SEIA 2016) y se requiere desarrollar por ejemplo planes vinculantes de ordenamiento territorial y gestión integrada de recursos hídricos que en Chile son inexistentes con la salvedad de los Planes Reguladores Comunales e Intercomunales (Durán 2017; Quidel 2017; Vivendio Iberoamerica y LPT-UCT 2017b; Yáñez 2016; Larraín y Schaeffer 2016; Maturana et al. 2017).

cuando no es posible concluir si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas o si el plan de seguimiento es efectivo.

De los 184 proyectos minihidros presentados al SEIA a escala nacional, la autoridad ambiental tan solo realizó 15 reuniones con GHPPI en aplicación del art. 86 RSEIA (el 9,2% de los proyectos presentados), mientras que para la región de la Araucanía solo se desarrollaron 3 reuniones con GHPPI de los 31 proyectos presentados (el 9,67% de los casos)¹⁴⁴.

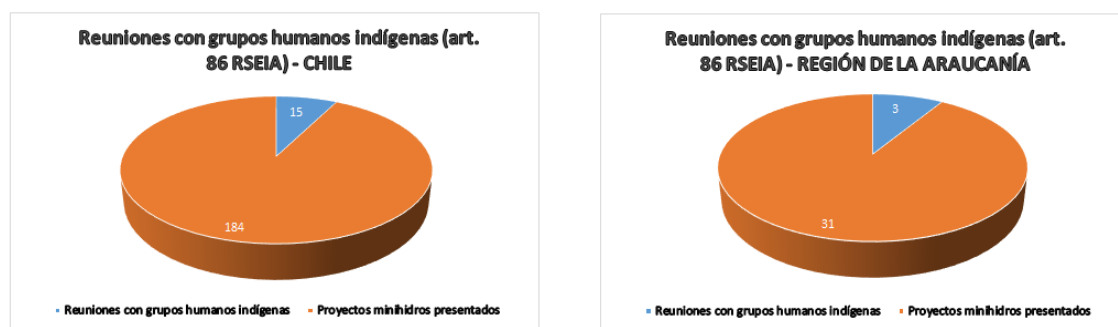


Ilustración 16. Reuniones con GHPPI en el SEIA para proyectos minihidro – Chile y región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA

Los resultados de la evaluación ambiental de los proyectos donde la autoridad ambiental ha celebrado reuniones con GHPPI han sido 6 proyectos a los que se pone término anticipado a la evaluación ambiental (CH Río Chico, El Gato (x2), Huirinlil, Calabozo y Huequecura); 4 proyectos aprobados (CH Dongo SpA, Río Chaica, Las Flores y Hueñivales); 4 proyectos desistidos por el proponente (CH Río Mañío, Río Chico, Río Chaica y el Gato) y uno todavía en calificación (CH Llancalil)¹⁴⁵. De todas estas reuniones con GHPPI, solo en el caso de la CH Hueñivales fueron seguidas de un proceso de consulta previa.

¹⁴⁴ Los proyectos minihidros que han sido objeto de reuniones con GHPPI por parte de la autoridad ambiental en base al art. 86 RSEIA son las minicentrales hidroeléctricas Calabozo, Huequecura (región del Bio Bio); Huirinlil, Llancalil, Hueñivales (región de La Araucanía); Río Chico, El Gato, Dongo SpA y Río Chaica (región de Los Lagos); y Las Flores y Río Mañío (región de los Ríos).

¹⁴⁵ Finalmente la DIA del proyecto Llancalil fue calificada favorablemente mediante la Res. Ex. N° 26/2019 de la COEVA de La Araucanía, de 17 de julio de 2019.



Ilustración 17. Resultados evaluación ambiental proyectos minihidro con reuniones con GHPPI – Chile. Elaboración propia en base a datos SEA

Esta facultad de la autoridad ambiental de celebrar reuniones con los pueblos indígenas en la fase inicial de la evaluación de los proyectos para revisar los instrumentos de ingreso al SEIA y contemplar la posibilidad de poner fin anticipado a la evaluación ambiental (art. 86 RSEIA) vulnera claramente los estándares del Convenio 169 de la OIT (Jiménez y Millaleo 2016). Tal y como recordó el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, al Estado chileno, cuando una comunidad o pueblo indígena sostienen la necesidad de realizar una consulta previa por las afectaciones que genera un proyecto, la autoridad tiene un deber reforzado de justificación que no puede entenderse satisfecho con una mera audiencia¹⁴⁶. En tales supuestos, territorialidad indígena y reclamos de impactos por parte de las comunidades, deberían celebrarse consultas y no reuniones pues se presupone la susceptibilidad de afectación directa (Faundes 2020).

3.3.3.2. Consulta indígena.

En la gran mayoría de las ocasiones los proyectos minihidros ingresan con una DIA y son evaluados sin desarrollar procesos de consulta indígena debido a la homologación que hacen el art. 85 del D.S. 40, el SEA y los tribunales¹⁴⁷ entre algunos de los impactos ambientales significativos que exigen la presentación de un EIA (art. 11

¹⁴⁶ A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 63.

¹⁴⁷ Caso CH Panguí (2013).

LBGMA) con la susceptibilidad de afectación directa que exige el art. 6 del Convenio 169 para la aplicabilidad de la consulta indígena (Guerra-Schleef 2017; Guerra-Schleef 2020; Jiménez y Millaleo 2016; Donoso 2014). En particular, la homologación con la afectación directa exigida para la procedencia de la consulta indígena del Convenio 169 se configura con la ‘significancia’ de los efectos, características o circunstancias previstos en los arts. 7, 8 y 10 RSEIA, que se corresponden respectivamente con los letras c), d) y f) del art. 11 de la LBGMA: reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sus sistemas de vida o costumbres; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas; y alteración del patrimonio cultural (Donoso 2014). De esta manera, el art. 85 RSEIA permite que los proyectos que generen o presenten las afectaciones, características o circunstancias recogidas en el art. 5 (riesgo para la salud de la población), art. 6 (efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovables) y art. 9 (valor paisajístico o turístico) del RSEIA puedan quedar liberadas de la aplicabilidad de la consulta indígena (Meza-Lopehandía et al. 2014). Ello ha provocado que de los 184 proyectos minihidros presentados a nivel nacional, únicamente se hayan realizado 5 consultas indígenas (el 2,7% de los casos), mientras que en la región de La Araucanía se han celebrado 4 consultas indígenas de un total de 31 proyectos minihidros presentados (el 12,9% de los casos)¹⁴⁸.

Consultas indígenas en proyectos minihidros - Chile



Consultas indígenas en proyectos minihidros - Región de La Araucanía

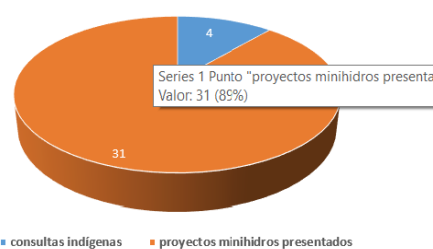


Ilustración 18. Consultas previas con comunidades indígenas en proyectos minihidro – Chile y región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA

Los resultados de la evaluación ambiental de los proyectos minihidros en los cuales se han desarrollado procesos de consulta indígena muestran que la consulta indígena no es un herramienta que permita garantizar detener el avance de la expansión hidroeléctrica: de los cinco proyectos consultados, tres han terminado siendo aprobados

¹⁴⁸ Los proyectos de PCHS que han requerido la celebración de consultas indígenas han sido las minicentrales Los Áromos, Rincón, Hueñivales y Añihuerraqui (Región de La Araucanía) y Florín II y Florín III (Región de los Ríos).

(minicentrales Añihuerraqui, Hueñivales y Florín II y Florín III), por solo dos rechazados (minicentrales Los Áromos y El Rincón).



Ilustración 19. Tasa de aprobación de proyectos minihidro con consulta previa – Chile. Elaboración propia en base a datos SEA

La configuración de la procedencia de la consulta indígena en el SEIA ha sido uno de los aspectos más controvertidos en lo concerniente al proceso de evaluación de proyectos de energía (Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016; Jiménez y Millaleo 2016) y ha generado un choque doctrinal entre partidarios y detractores de la forma de entender los presupuestos que configuran la aplicabilidad de la consulta indígena en el ordenamiento interno (Faundes 2020; Guerra-Schleef 2017; Rivas 2017; Silva 2014; Meza-Lopehandía 2015).

Los partidarios entienden que el estándar de consulta indígena del RSEIA está en conformidad con el estándar del Convenio 169 e invocan los siguientes argumentos para defender esta posición:

1) Como ni el Convenio ni la Comisión de Expertos aportan clarificaciones sobre cómo interpretar la susceptibilidad de afectación directa, es tarea del gobierno regularla y de los jueces interpretarla, remarcan que no existen derechos que sean absolutos e ilimitados, invocan el principio de flexibilidad del Convenio 169 de la OIT (art. 34) para justificar que cada Estado implemente la consulta según sus particularidades y reconocen una deferencia técnica y política por parte de las instancias judiciales hacia las

resoluciones de la administración (COEVA, Director Ejecutivo del SEA y Comité de Ministros) (Donoso 2014; Carrasco 2013).

2) La ausencia de los efectos significativos del art. 11 LBGMA que exigirían la evaluación ambiental a través de un EIA y no de una DIA implica que no existe la ‘afectación directa’ cuya concurrencia es necesaria para que sea procedente la realización de la consulta indígena en los términos establecidos por el Convenio 169 (Donoso 2014)¹⁴⁹. El requisito de la afectación directa del art. 85 RSEIA para la aplicabilidad de la consulta indígena comporta la exigencia de certeza y verificación de algunos de los impactos significativos del art. 11 LBGMA mediante “antecedentes ciertos” y “datos precisos u objetivos” de la afectación¹⁵⁰. Si la autoridad ambiental descarta la generación de efectos adversos significativos en los pueblos indígenas, lo que sucede en la mayoría de proyectos minihidros que ingresan mediante una DIA, la carga de probar lo contrario recae en los propios pueblos indígenas marginados del proceso de evaluación ambiental y deberán aportar en sus recursos administrativos y judiciales la información y los antecedentes necesarios para demostrar qué partes del proyecto le producirían un impacto significativo y de qué forma (Guerra-Schleef 2017). Los estándares probatorios de la afectación directa que defienden para los pueblos indígenas han sido en ocasiones elevados debido a los criterios utilizados por la Corte Suprema para dirimir la procedencia de la consulta: principio de razonabilidad (la afectación directa debe ser probada y explicitada razonablemente por los recurrentes, elevando el umbral de procedencia de la consulta al adjetivar la razonabilidad como explícita) y principio de proporcionalidad (la afectación directa debe ser significativa, no bastan afectaciones hipotéticas o que dependan de causas remotas¹⁵¹). Dentro de la doctrina chilena existen defensores de los criterios fijados por la Corte Suprema en su

¹⁴⁹ Esta doctrina que equipara la presencia de impactos ambientales significativos del art. 11 LBGMA con la susceptibilidad de afectación directa requerida por el Convenio para reconocer la procedencia de la consulta indígena ha sido sostenida invariablemente por la Corte Suprema (Donoso 2014) y los Tribunales Ambientales (Guerra-Schleef 2017) y ha provocado una restricción de la aplicación de la consulta indígena. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 3177, 2013, caso minicentral Panguí.

¹⁵⁰ Corte Suprema. Sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, recurso de casación forma y fondo caratulado “Los Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi-Miñi con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental”, Rol N°817-2016, considerando 15° (Guerra-Schleef 2017).

¹⁵¹ Así por ejemplo la cercanía de una comunidad indígena a un proyecto no sería un argumento válido para satisfacer el principio de proporcionalidad que requiere la aplicabilidad de la consulta previa (Sentencia Corte Suprema, Línea de Transmisión Melipeuco-Freire”, Rol 1602-2012). Este criterio fijado por la Corte Suprema en 2012 es compartido por los funcionarios de la CONADI en la región de La Araucanía al considerar que la ubicación de la minicentral Doña Alicia a una distancia de 10 kms de la comunidad mapuche no suponía una amenaza directa y significativa (Muñoz 2017).

jurisprudencia inicial tras la ratificación del Convenio 169 por considerar que contribuyen a hacer más objetiva la discusión en el SEIA (Carrasco 2013; Donoso 2014), si bien algunos matizan que el examen cuantitativo del principio de proporcionalidad debería hacerse una vez iniciada la consulta y no antes de realizarse el examen cualitativo del principio de razonabilidad (Carrasco 2013).

Los detractores del modelo rebaten con las siguientes consideraciones para denunciar que el (art. 85) RSEIA no está conforme a los estándares internacionales¹⁵² y establece barreras o restricciones ilegítimas al derecho a la consulta indígena:

1) El Convenio 169 provee estándares claros respecto a los requisitos y el procedimiento de la consulta indígena¹⁵³ (Yáñez y Silva 2014; Meza-Lopehandía 2015) y recoge el principio de flexibilidad para tener en cuenta la diversidad cultural entre los diferentes pueblos indígenas y no puede servir de excusa para inaplicar el tratado en atención a las “condiciones” que marca la legislación doméstica (Fuenzalida 2015). La norma de flexibilidad está establecida en favor de los titulares de los derechos consagrados en el tratado y no de los Estados partes, y no puede pretenderse que la soberanía legislativa determine libremente el modo de ejercicio de esos derechos humanos ya que como la propia constitución reconoce, los derechos humanos son un límite a la soberanía del Estado (Fuenzalida 2015). En conclusión, el principio de flexibilidad no puede desnaturalizar o relativizar el sentido y alcance de la consulta, y por tanto no caben interpretaciones que subsuman la aplicación del Convenio a la legislación doméstica, ya que el art. 35 fija la preferencia del derecho que ofrezca un estándar más elevado, sea consignado en el tratado o en la legislación interna (Fuenzalida 2015).

2) Dado que el SEIA se fundamenta en el principio preventivo, debe ser el Estado (la autoridad ambiental y sus servicios articuladores en el SEIA) quienes analicen imparcialmente la información aportada por el titular, pudiendo recurrir al peritaje antropológico (López y Mohr 2014) con el fin de descartar o comprobar la generación de los impactos significativos sobre el medio humano indígena y de no trasladar

¹⁵² Algunas voces como las del Relator James Anaya (A/HRC/24/41) o el INDH han observado que la regulación de la consulta debiera hacerse mediante ley y no solo con reglamentos (INDH 2013a).

¹⁵³ La consulta previa no es un mero proceso informativo ni se satisface con audiencias puntuales, requiere la continuidad de un diálogo genuino con los organismos representativos de los pueblos indígenas con la finalidad de alcanzar un acuerdo y ofrecer a los pueblos indígenas la posibilidad de influir en la toma de decisiones (Anaya 2009b, 2009c, 2009d, 2012; Tauli-Corpuz 2020).

posteriormente la carga probatoria a las comunidades indígenas (Guerra-Schleef 2017; López y Mohr 2014).

3) El estándar del RSEIA (afectación directa) para la aplicabilidad de la consulta indígena no está conforme con el estándar del Convenio (susceptibilidad de afectación directa sobre el medio humano indígena)¹⁵⁴ (Anaya 2012; CEACR 2017a, 2017b). En otras palabras, el estándar internacional de la aplicabilidad de la consulta indígena no requiere certeza (o demostración) de la afectación, sino posibilidad o potencialidad de la afectación directa de una medida administrativa respecto a los pueblos indígenas en un contexto de interculturalidad (Meza-Lopehandía 2015; Meza-Lopehandía et al. 2014; López y Mohr 2014; Faundes 2020; CEACR 2017a, 2017b; Montt y Matta 2011)¹⁵⁵. Estos diferentes estándares en relación a la aplicabilidad de la consulta ponen de manifiesto la colisión entre el principio preventivo que sustenta el RSEIA y el derecho ambiental chileno y el principio precautorio que rige la institución de la consulta indígena en el convenio 169 (López y Mohr 2014; Faundes 2020).

La crítica al umbral de afectación directa exigido por el RSEIA apunta también a que desnaturaliza la finalidad propia de la consulta indígena: promover el diálogo intercultural, especialmente pertinente e indispensable en el contexto del SEIA, para hacer visibles a proponentes, servicios públicos y jueces los impactos que permanecerían ocultos con los referentes cognitivos y culturales de la sociedad dominante (Meza-Lopehandía et al. 2014; Faundes 2020, 2017; Kelly-Richards 2018);¹⁵⁶ reducir las asimetrías de información entre proponente y pueblos indígenas, ofrecer la oportunidad a los pueblos indígenas de incidir en la toma de decisiones a través de sus organismos representativos, consensuar ciertas certezas en relación a la naturaleza y alcance de los impactos de una medida, adoptar las garantías necesarias para evitar la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas (Jiménez y Millaleo 2016; López y Mohr 2014; Yáñez y Silva 2014) y amparar su capacidad de decidir sus prioridades de desarrollo (Anaya

¹⁵⁴ El Convenio 169 indica que deberá consultarse “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1.a).

¹⁵⁵ El CEACR ha reiterado en múltiples ocasiones al Gobierno chileno que antes de adoptar RCA que se pronuncien en favor de un proyecto o de una actividad susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, se cumpla con los requerimientos de los arts. 6, 7 y, según proceda, 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT (CEACR 2013, 2017a, 2017b, 2019a, 2019b).

¹⁵⁶ En otras palabras, la susceptibilidad de afectación directa depende no solo de la medida administrativa, sino también de los referentes cognitivos del pueblo afectado y por eso la necesidad de realizar las consultas para conocer las ontologías indígenas y verificar si la afectación directa es o no posible, especialmente cuando se ven afectados lugares de significación cultural y espiritual y los sistemas de vida y costumbres propias.

2012, Tauli-Corpuz 2020; Corte Suprema Rol 2211-2012)¹⁵⁷. Exigir la certeza de los impactos *ex ante* vacía de sentido la realización de una consulta indígena y por eso la opinión indígena debería gozar de una autoridad especial a la hora de determinar la susceptibilidad de la afectación directa (Meza-Lopehandía et al. 2014; Faundes 2020; Carmona 2013).

La segunda crítica al D.S. 40 apunta a la significancia de la afectación exigida en el RSEIA para la procedencia de la consulta previa y que se desarrolla en los arts. 11 LBGMA y 7, 8 y 10 RSEIA en base a criterios cualitativos (naturaleza) y cuantitativos (magnitud) de la afectación¹⁵⁸. El estándar del Convenio 169 de la OIT (posibilidad de afectación directa) no distingue entre medidas administrativas que produzcan o no tales efectos, ni considera la magnitud de los mismos para determinar la procedencia de la consulta.

Por un lado, la categoría naturaleza significativa de la afectación ambiental se materializa en el art. 85 RSEIA excluyendo algunos de los efectos, características o circunstancias establecidas en el art. 11 LBGMA para la procedencia de la aplicabilidad de la consulta indígena ya que solo reconoce como causales de afectación directa a los pueblos indígenas los efectos contemplados en el art. 7 (reasentamiento de comunidades humanas indígenas y alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de GHPPI), art. 8 (localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, y alteración del valor ambiental del territorio) y art. 10 (alteración del patrimonio cultural indígena) del RSEIA. Sin embargo, existen otros efectos y circunstancias que también deberían obligar al desarrollo de una consulta indígena en la medida que generan afectaciones directas en los sistemas de vida y el patrimonio de los pueblos indígenas (OIT 2016), como cuando el proyecto presenta riesgo para la salud de la población

¹⁵⁷ El Relator Especial Anaya concluye que la susceptibilidad de afectación directa como estándar de exigibilidad de la consulta opera siempre que la medida del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad (Anaya 2009d). Por consiguiente, el concepto de impacto debe ser flexible afín de garantizar el ejercicio de la consulta y el consentimiento como salvaguardias del conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas, que incluyen derechos de participación y libre determinación; derechos a la propiedad, la cultura, la religión y la no discriminación en relación con las tierras, los territorios y los recursos naturales, incluidos lugares y objetos sagrados; derechos a la salud y al bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable; y derechos a decidir sus propias prioridades en materia de desarrollo y tratar de ponerlas en práctica (Anaya 2009d, 2009b).

¹⁵⁸ De esta manera, el RSEIA excluye los efectos, características y circunstancias contemplados en los causales a), b), y e) del art. 11 LBGMA de la aplicabilidad de la consulta indígena.

indígena (art. 5 RSEIA); genera efectos adversos significativos sobre los recursos naturales renovables de los pueblos indígenas (art. 6 RSEIA) o si afecta el valor paisajístico o turístico especialmente en lo que se refiere a su variable indígena (art. 9 RSEIA) (OIT 2016). De esta manera, el RSEIA vulnera el estándar internacional de protección de los territorios indígenas al eliminar el causal número 6 del art. 11 LBGMA de los supuestos que exigen la aplicabilidad de la consulta indígena y permite que los recursos naturales ubicados en territorios indígenas puedan ser puestos a disposición de los proyectos de inversión (Meza-Lopehandía et al. 2014).

Por otro lado, la categoría magnitud de la afectación ambiental opera en el SEIA como requisito de la consulta indígena¹⁵⁹, mientras que en el Convenio 169 la magnitud del impacto solo opera para elevar el estándar de la consulta al consentimiento previo, libre e informado y no como criterio de exclusión de la consulta indígena de los proyectos o actividades que pudieran generar afectaciones menos graves a las comunidades indígenas (Jiménez y Millaleo 2016). De esta manera, el reglamento incorpora un umbral de aplicabilidad de la consulta (magnitud del impacto) no contemplado por el Convenio 169 y determina una concepción restrictiva de la afectación directa (Meza-Lopehandía et al. 2014; Meza-Lopehandía 2015).

En definitiva, el criterio para la procedencia de la consulta indígena de los proyectos que ingresan en el SEIA debiera ser la susceptibilidad o posibilidad de afectación directa independientemente de la naturaleza y magnitud de los impactos ya que estas últimas son categorías que no son incorporadas en el Convenio 169 de la OIT para dirimir la aplicabilidad de la consulta indígena (Jiménez y Millaleo 2016; Faundes 2020; Meza-Lopehandía et al. 2014).

Del estándar de la susceptibilidad de afectación directa debería inferirse un principio precautorio de presunción de procedencia de la consulta que garantice una flexibilidad probatoria en favor de las comunidades indígenas (Faundes 2020; Carmona 2013; Fuenzalida 2015) y no una mayor carga probatoria de la afectación directa como

¹⁵⁹ La jurisprudencia de la Corte Suprema en los primeros años tras la ratificación del Convenio también requirió la exigencia de la magnitud para reconocer la configuración de la susceptibilidad de afectación directa en la llamada doctrina Palguin, que sin embargo, no ha tenido posteriormente una consolidación definitiva (Guerra-Schleef 2017).

ha defendido parte de la doctrina chilena desde los principios de razonabilidad y proporcionalidad para negar la procedencia de la consulta¹⁶⁰ y otorgar a la autoridad ambiental la capacidad de resolver desde las epistemologías hegemónicas si un proyecto genera afectación o no a los pueblos indígenas¹⁶¹. La aplicabilidad de la consulta exige un mínimo estándar probatorio de la susceptibilidad de afectación (Faundes 2020) que podría no alcanzarse con causas remotas (Contesse 2012; Meza-Lopehandía 2015), pero que sí debiera configurarse cuando se satisfacen los siguientes elementos: criterio objetivo-territorial (emplazamiento del proyecto en tierras indígenas, Áreas de Desarrollo Indígena o territorios indígenas o en espacios continuos o aledaños¹⁶²) y criterio subjetivo-cultural (percepción de las propias comunidades respecto a la posibilidad de ser afectadas) que opera una vez satisfecho el primer presupuesto y que debiera exigir un umbral de carga probatoria de la susceptibilidad de afectación más bajo y flexible (Faundes 2020; Carmona 2013; López y Mohr 2014). Sin embargo, el diseño institucional pone la carga probatoria de las afectaciones directas de los proyectos sobre los pueblos indígenas y sus abogados, quienes en muchas ocasiones no disponen de la información, el tiempo y los recursos necesarios para demostrar el alcance del área de influencia y la significancia de los impactos (Kelly-Richards 2018; Guerra-Schleef 2017). La exigencia de parte de la doctrina de que sean los pueblos indígenas durante el proceso de evaluación ambiental quienes complementen la información deficiente presentada por el proponente y los OAECA y aporten antecedentes para demostrar la susceptibilidad de afectación directa y significativa, implica sostener un estándar de prueba que dificulta el ejercicio del derecho a la consulta y el acceso a la justicia por parte de unas comunidades marginadas del procedimiento de evaluación ambiental y que se verán impactadas por el desarrollo de una actividad o proyecto extractivo en sus territorios (Guerra-Schleef 2017). En el supuesto de que exista susceptibilidad de afectación directa, debería proceder la obligación de realizar consulta indígena al margen de que el instrumento de ingreso sea un EIA o una DIA (Faundes 2020; Jiménez y Millaleo 2016; Barros y Schönsteiner 2014).

¹⁶⁰ Por ejemplo, la exigencia de la razonabilidad explícita para la procedencia de la consulta hace prácticamente inviable que se consideren impactos intangibles o espirituales que no son perceptibles por terceros ajenos a los pueblos indígenas (OIT 2016, Yáñez 2017).

¹⁶¹ Negar la procedencia de la consulta al requerirse un alto estándar de acreditación de afectación por parte de los pueblos indígenas, genera que sea la autoridad ambiental sin mayores fundamentos y desde una perspectiva cultural diversa, la que resuelva si una medida afecta o no a los pueblos indígenas (López y Mohr 2014).

¹⁶² Este criterio debería satisfacerse con la mera presencia de algunos elementos que permitan suponer la existencia de un territorio indígena en las cercanías del proyecto, como sitios ceremoniales, cementerios o restos arqueológicos (Carmona 2013; Faundes 2020).

Toda interpretación regulatoria que excluya la consulta indígena del Convenio N°169 habiéndose identificado la susceptibilidad de afectación directa de un proyecto o RCA para una comunidad o pueblo indígena, vulnera el principio de buena fe ya que no sería posible negar la procedencia de la consulta sin atentar contra el objeto y fin del Convenio 169 (Faundes 2020).

Los críticos con el modelo destacan que la jurisprudencia de los tribunales (Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunales Ambientales) ha sido errática y cambiante (Rivas 2017) y habría generado inseguridad jurídica en lo que concierne a la procedencia de la consulta indígena. Así, es posible distinguir diferentes etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones (Meza-Lopehandía 2015):

-una primer etapa (2010-2011), en donde la Corte equipara la consulta a la PAC y exige el principio de razonabilidad explícita y de proporcionalidad para admitir la procedencia de la consulta indígena, lo que conduce a invertir la carga de la prueba y que deban ser los propios pueblos indígenas quienes clarifiquen la afectación directa y significativa. Esta doctrina conduce a que muchas veces se sustente la ausencia de aplicabilidad de la consulta previa en que los pueblos afectados no han sido capaces de probar las eventuales afectaciones.

-una segunda etapa (2012-2013), en donde las cortes muestran una mayor receptividad del reconocimiento de la procedencia de la consulta y exigen el ejercicio de la consulta en conformidad con los estándares internacionales al i) no requerir certeza sino posibilidad de la afectación; ii) considerar que las RCA inconsultas en situaciones que existe susceptibilidad de afectación directa a comunidades indígenas y en donde la autoridad está obligada a garantizar la consulta indígena por imperativo legal constituyen actos administrativos infundados, arbitrarios e ilegales por vulnerar la garantía constitucional de igualdad ante la ley de dichas comunidades ya que se les niega la facultad de intervenir con igualdad de condiciones en el proceso de evaluación ambiental y se les priva de tener las mismas posibilidades de desarrollar su mayor realización material y espiritual posible (Silva 2014); y iii) sostener que las reuniones de acercamiento e información no constituyen consultas ya que las comunidades concernidas no tienen posibilidades reales de influir en la ubicación y desarrollo del proyecto.

-y una tercera etapa, en que los tribunales superiores eluden conocer del fondo de recursos de protección que pretender dejar sin efecto una RCA y derivan los casos a los Tribunales Ambientales, indicando explícitamente que la falta de consulta previa de una RCA es

competencia de los Tribunales Ambientales, negando así la posibilidad de un examen de DF en los conflictos socioambientales (Guerra-Schleef 2017; Durán 2017). Sin embargo, la Corte Suprema ha planteado una excepción a esta doctrina en el caso Morro II en donde señala que las impugnaciones de una RCA deben resolverse en la institucionalidad ambiental salvo que se vislumbre la necesidad de adoptar alguna medida cautelar de carácter urgente, supuesto en que sería admisible rescatar el recurso de protección para impugnar la validez de una RCA (Guerra-Schleef 2017).

La jurisprudencia de los Tribunales Ambientales tampoco habría sido consistente en lo que concierne a sus resoluciones en respuesta a los reclamos de procedencia de la consulta para impugnar RCA. El Segundo Tribunal Ambiental adopta una aproximación formalista y de máxima deferencia a la autoridad ambiental a la hora de decidir si procede la consulta y quien puede participar en ella y exige la certeza de la afectación directa y significativa para admitir la procedencia de la consulta en lugar de requerir la posibilidad de afectación directa que exige el Convenio (Guerra-Schleef 2017). El Tercer Tribunal Ambiental, en cambio, asume un ejercicio amplio de revisión de las RCA, tanto en aspectos procedimentales como sustantivos, defiende la susceptibilidad de afectación directa para la aplicabilidad de la consulta y relaciona la exigencia legal de motivación de las decisiones administrativas con la carga probatoria en el SEIA, por lo que concluye que cuando los OAECA y las comunidades afectadas no son capaces de subsanar las falencias en los antecedentes del proyecto presentados por el proponente para confirmar o descartar la susceptibilidad de afectación directa y la generación de los impactos del art. 11 LBGMA, las autoridades administrativas y los tribunales de justicia no podrían descartar la consulta previa, deberían verse incapacitados de emitir una resolución fundada y no habría lugar para una RCA favorable (Guerra-Schleef 2017)¹⁶³.

El art. 85 RSEIA también establece que únicamente podrán participar en los proceso de consulta previa los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva¹⁶⁴. El criterio de la exclusividad de la afectación que incorpora el RSEIA ha otorgado un amplio margen de discrecionalidad a la administración a la hora de definir qué comunidades

¹⁶³ Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-38-2016, caso de la CH Doña Alicia.

¹⁶⁴ La exigencia de la exclusividad de la afectación para la procedencia de la consulta indígena debe entenderse en el sentido de una afectación específica o diferenciada para los pueblos indígenas y no en el sentido de una medida que afecte únicamente a los pueblos indígenas (Anaya 2009d).

indígenas son las *exclusivamente* afectadas, lo que en la práctica ha supuesto supeditar el ejercicio de un DF al criterio de la autoridad ambiental (Guerra-Schleef 2017; OIT 2016). El SEA con frecuencia ha tenido una mirada estrecha en relación a la naturaleza y la escala de los impactos de los proyectos, lo que se ha traducido en una restricción del DF a la consulta previa de muchas comunidades indígenas que se considera que no son afectadas exclusivamente por el proyecto (Kelly-Richards 2018; Kelly-Richards et al. 2017a). Esta mirada estrecha del SEA en lo que concierne a las comunidades afectadas se fundamenta en dos hechos: en primer lugar, un predominio de la noción de tierras indígenas desde el enfoque civilista que recoge el art. 12 de la Ley Indígena (Meza-Lopehandía et al. 2014), sin considerar que el concepto de territorio indígena del Convenio incorpora no solo las tierras y bienes naturales que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas, sino también aquellas tierras que, si bien pueden no estar exclusivamente ocupadas por ellos, han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades ancestrales y de subsistencia (Jiménez y Millaleo 2016; Guerra-Schleef 2017; Anaya 2012; CIDH 2010)¹⁶⁵; y en segundo lugar, la exclusión de la dimensión sagrada del territorio de la delimitación del área de influencia de los proyectos, lo que obstaculiza la participación de muchas comunidades indígenas en procesos consultivos (Kelly-Richards 2018). Así, por ejemplo, en el supuesto de susceptibilidad de afectación directa a lugares de relevante significación cultural y espiritual asociados al agua (*trayenkos*) o donde se celebran ceremonias y rogativas (*nguillatuwe*) tan solo se consulta en el mejor de los casos a comunidades que ocupan esos territorios pero no a las que proceden de lugares más o menos lejanos y que también usan esos espacios para los mismos fines¹⁶⁶. Esta mirada estrecha del SEA respecto a las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas y que debieran participar de los procesos de consulta indígena (Kelly-Richards 2018, Guerra-Schleef 2017; Jiménez y Millaleo 2016; Silva 2017) supone pasar por alto las recomendaciones del Relator Especial en el sentido de que no deberían considerarse

¹⁶⁵ La administración chilena no reconoce *ipso facto* los títulos tradicionales o ancestrales indígenas en sus catastros fiscales, lo que supone un obstáculo para las comunidades concernidas a la hora de oponer sus derechos territoriales y a la consulta previa frente a las concesiones sectoriales y proyectos extractivos en instancias administrativas o judiciales (Barros y Schönsteiner 2014).

¹⁶⁶ Así, por ejemplo, en el caso de la CH Osorno la autoridad ambiental reconoce que la inundación de la terraza que antecede a la cueva donde habita el *Ngen Kintuante* supondría una afectación para las cinco comunidades williche que cuentan con maestros lepuneros, pero no reconoce como afectadas a las otras comunidades que también acuden al *Lepún* (González 2017b). En definitiva, la autoridad ambiental pasa por alto que existen usos culturales del territorio que no necesariamente tienen que ver con la proximidad geográfica. Incluso el propio desarrollador Statkraft considera que el criterio fijado por la autoridad ambiental es discutible y trata de ampliar el proceso de socialización del proyecto a comunidades indígenas que se encuentran ubicadas en un radio de 40 kms. del emplazamiento del proyecto (González 2017b).

únicamente los efectos de los proyectos ubicados en tierras o territorios indígenas sino que debería considerarse también las afectaciones en los pueblos indígenas circundantes al proyecto (Tauli-Corpuz 2020).

3.3.3.3. Participación ciudadana.

La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente de la evaluación ambiental, a formular observaciones y obtener respuesta fundada por parte de la Administración (SEA 2020). Este procedimiento participativo estándar de notificación y comentario está disponible para cualquier persona natural o jurídica, también para la población indígena¹⁶⁷; sin embargo, no está adaptado desde una perspectiva cultural ni aborda de manera adecuada las preocupaciones específicas de los pueblos indígenas (Tauli-Corpuz 2020)¹⁶⁸. Las principales barreras de los instrumentos generales de participación ciudadana para satisfacer los derechos de participación de los pueblos indígenas contemplados en el Convenio 169 de la OIT tienen que ver con la brevedad de los plazos para solicitar y desarrollar un proceso de participación y con mecanismos de comunicación y diálogo culturalmente inadecuados (Barros y Schönsteiner 2014).

En lo que concierne a los plazos, los EIA tienen un periodo de participación ciudadana de 60 días, mientras que en el caso de las DIA la ciudadanía directamente afectada dispone de un plazo de 10 días desde la admisión del proyecto para solicitar al SEA abrir un periodo de PAC que tendría una duración de 20 días (SEA 2020). En el supuesto de modificaciones sustantivas del proyecto, podrá iniciarse un nuevo proceso de participación ciudadana que se extendería por un período de 10 días hábiles en el caso de DIA y de 30 días hábiles cuando se trata de EIA (SEA 2020). Estas disposiciones contrastan con la ausencia de plazos en la consulta indígena que *de facto* conlleva la suspensión de los plazos legales de la evaluación ambiental por parte del SEA para poder desarrollar procesos de consulta indígena con pertinencia cultural y que en promedio han

¹⁶⁷ Cuando las afectaciones de un proyecto son comunes y no generan impactos diferenciados sobre la población indígena entonces procede la PAC y no la consulta previa (López y Mohr 2014).

¹⁶⁸ El Relator Especial observa que dado el contexto histórico y político de marginación experimentado por los pueblos indígenas, se requieren consultas diferenciadas que se ajusten a sus características y derechos distintivos. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema en los primeros años tras la ratificación del Convenio 169 equiparaba los procedimientos de consulta a la PAC. Esta doctrina de la Corte Suprema ha sido superada con posterioridad.

tenido una duración de 280 días (OIT 2016; Comisión Asesora Presidencial para Evaluación del SEIA 2016).

En lo que respecta al proceso de comunicación y diálogo establecido en la PAC, no tiene la finalidad de lograr el consentimiento de las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas y además restringe los derechos de participación de las comunidades ancestrales y representativas de los territorios al exigir la personalidad jurídica de las organizaciones para que puedan solicitar el inicio de un proceso de PAC relativo a una DIA o realizar observaciones a EIA y DIA durante la evaluación ambiental y requerir que las observaciones sean formuladas por escrito (Meza-Lopehandía et al. 2014).

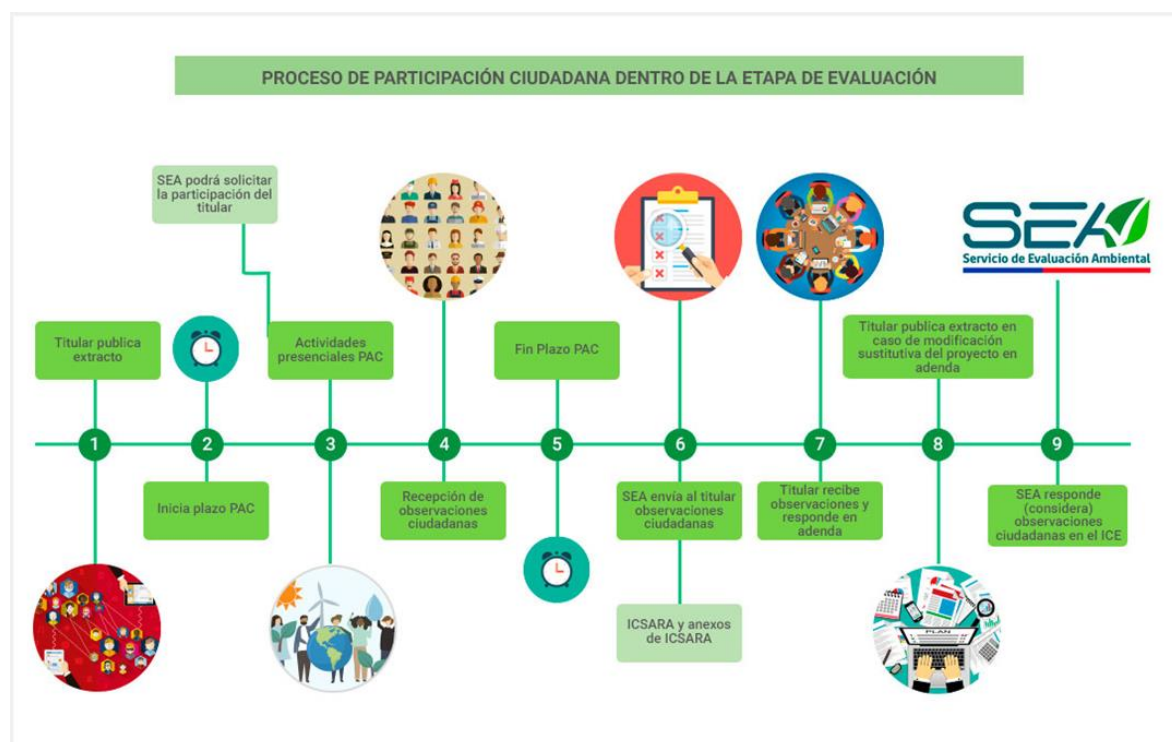


Ilustración 20. Proceso de PAC en el SEIA (SEA 2020)

A pesar de estas barreras y al margen de si se desarrollan o no procesos de consulta indígena, las comunidades indígenas afectadas por proyectos minihidro han intervenido también en procesos de participación ciudadana para evaluar DIA o EIA al considerar que puede ser un instrumento con el que defender sus intereses ya que el titular del proyecto está obligado legalmente a dar respuesta fundada a sus observaciones (Kelly-

Richards 2018)¹⁶⁹. Así, de los 31 proyectos minihidro presentados para la región de la Araucanía, en 15 de ellos personas jurídicas o naturales indígenas han tomado parte en procesos de participación ciudadana, ya sea solicitando el inicio de estos procesos o realizando observaciones a los proyectos¹⁷⁰.

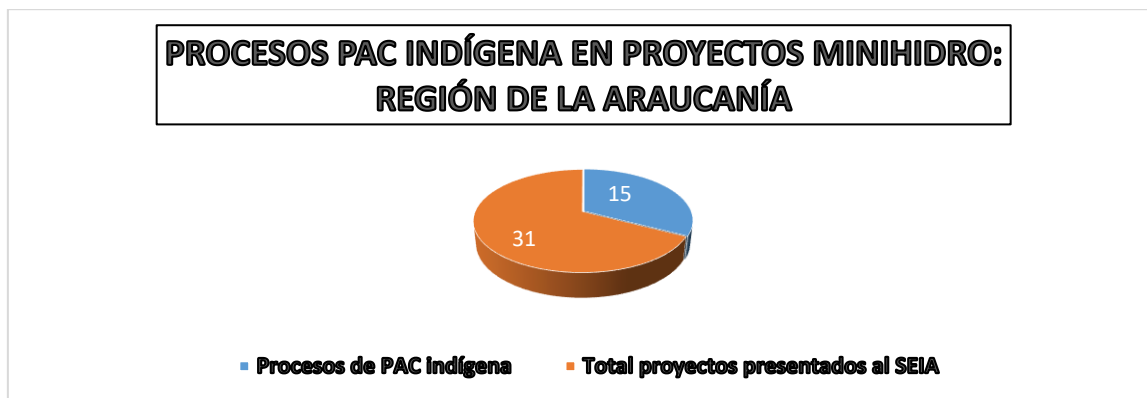


Ilustración 21. Participación indígena en SEIA para proyectos minihidro – región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA

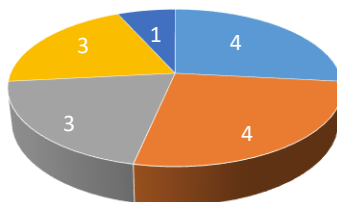
De nuevo, los procesos de PAC indígena han tenido resultados disímiles en cuanto a las pretensiones de oponerse a los proyectos y los términos en los que se concreta la calificación final de los proyectos. De los 15 proyectos minihidro con PAC indígena, 4 proyectos terminaron siendo desistidos por el proponente (minicentrales Enersur, Llancalil, reingreso, El Rincón, El Traro); 4 proyectos fueron no calificados por la autoridad ambiental (minicentrales Epril, Huirinlil, Río Cherquén y Doña Alicia); 3 proyectos fueron aprobados (minicentrales Añihuerraqui, Hueñivales y Las Nieves); 3 proyectos fueron rechazados (minicentrales Los Áromos, El Rincón, reingreso y Doña Alicia, reingreso) y uno está todavía en fase de calificación (minicentral Llancalil)¹⁷¹.

¹⁶⁹ La gran mayoría de procesos de PAC indígena tienen lugar con anterioridad al desarrollo de consultas previas (OIT 2016).

¹⁷⁰ La identificación de las personas naturales indígenas en estos procesos se ha fundamentado en el origen mapuche de los apellidos de los solicitantes u observantes.

¹⁷¹ Proyecto finalmente aprobado por la COEVA.

RESULTADOS EVALUACIÓN AMBIENTAL PROYECTOS CON PAC INDÍGENA



■ **Proyectos desistidos**
 ■ **Proyectos No Calificados**
 ■ **Proyectos Aprobados**
■ **Proyectos Rechazados**
 ■ **Proyectos en Calificación**

Ilustración 22. Resultados PAC indígena en SEIA para minihidros – región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA

La ejecución de los diferentes procesos participativos de los pueblos indígenas en el SEIA, ya sea a través de la PAC o la consulta indígena, se han encontrado con un conjunto de barreras que han dificultado garantizar de forma efectiva la protección de los derechos indígenas en conformidad con los estándares internacionales.

En primer lugar, las consultas previas con las comunidades indígenas afectadas por proyectos energéticos se inician con mucho retraso respecto del ingreso del proyecto en el SEIA y se desarrollan en fases muy avanzadas de la evaluación ambiental del proyecto, lo que dificulta que las observaciones y preocupaciones de los pueblos indígenas puedan ser tomadas en consideración de forma adecuada y limita la capacidad de incidencia de los pueblos indígenas en la calificación del proyecto (Barros y Schönsteiner 2014; OIT 2016; Susskind et al. 2014).

En segundo lugar, la falta de recursos humanos y materiales del SEA para verificar la afectación directa exigida por el RSEIA y desarrollar consultas previas de forma adecuada y eficiente (Rivas 2017; OIT 2016).

Por un lado, la falta de información pública y sistematizada sobre las organizaciones indígenas, sus actividades, tierras, territorios y sitios de significación cultural dificulta el desarrollo de acciones tempranas para reconocer y mitigar las posibles afectaciones que los proyectos pudieran producir sobre ellas y su incorporación en las consultas (OIT 2016). Además, la escasez de funcionarios públicos capacitados para

comprender e incorporar la cosmovisión y el conocimiento indígena en la evaluación ambiental de los proyectos, reconocer lugares de significación cultural y espiritual y abordar procesos pertinentes de diálogo intercultural y resolución de conflictos suponen otro obstáculo para visibilizar los impactos de los proyectos y proteger los derechos indígenas (Kelly-Richards et al. 2017a; Kelly-Richards 2018; Jiménez y Millaleo 2016; OIT 2016; Muñoz 2017)¹⁷².

Por otro lado, si bien la obligación del Estado de garantizar la asistencia técnica y jurídica independiente de la población indígena afectada y la simetría de información entre proponentes y comunidades se canaliza mediante la contratación de asesores por parte del SEA para que colaboren con las comunidades en la revisión de los proyectos, las reducidas partidas presupuestarias destinadas a este fin hace que las comunidades soliciten a las empresas el pago de esta asesoría (OIT 2016). Ello termina levantando suspicacias respecto al desempeño de estas asesorías y obstaculizando el acceso a información completa y veraz respecto a los efectos del proyecto en momentos en que el acceso a esta información es determinante por la saturación que padecen muchas comunidades ante la oleada de proyectos y consultas (Rivas 2017).

Esta falta de recursos, competencia y, en ocasiones, voluntad¹⁷³ por parte del SEA para reconocer y comprender la tipología y escala de los impactos generados en territorios mapuche (Kelly-Richards 2018), especialmente cuando se ven involucrados aspectos del patrimonio inmaterial de la cultura mapuche y lugares de significación cultural y espiritual (OIT 2016), conlleva que cuando las comunidades indígenas participan de procesos de consulta previa y PAC lo hacen desde una profunda asimetría en el acceso a la información de los proyectos de inversión con respecto a titulares de proyectos y servicios públicos (Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016;

¹⁷² No existen equipos especializados de consulta indígena y los mismos funcionarios a cargo de los procesos de participación ciudadana son los que realizan el diálogo intercultural y valoraciones sobre impactos sobre el medio humano. Si bien en ocasiones el trabajo de campo de la CONADI ha servido para destapar que el área de influencia de un proyecto era en realidad mucho más grande que la reconocida por el proponente (caso CH Osorno-Pilmaikén), en otros casos los funcionarios de la CONADI han sido incapaces de comprender cómo una minicentral podía afectar a comunidades mapuche ubicadas a unos 10 kms de una minihidro y excluyen a estas comunidades del área de influencia y no consideran de manera pertinente la cosmovisión territorial mapuche en la evaluación de los antecedentes y afectaciones del proyecto (caso Doña Alicia, Muñoz 2017).

¹⁷³ Kelly-Richards denuncia en su tesis doctoral algunas prácticas del SEA y los OAECA en su acercamiento a las comunidades mapuche en el marco de la evaluación ambiental de proyectos hidroeléctricos, entre las que destacan falta de transparencia y difusión respecto a los antecedentes del proyecto, amenazas de expropiación de tierras indígenas y presiones para aceptar medidas de compensación o mitigación y entender el proyecto como inevitable, de manera que el actuar del SEA en estos casos se configura como el de un actor parcial que trabaja en favor de los intereses de los privados para sacar adelante los proyectos (Kelly-Richards 2018).

Rivas 2017; Jiménez y Millaleo 2016; OIT 2016; González 2017b). De esta manera, las propias comunidades potencialmente afectadas se ven obligadas a tener que identificar y probar los impactos significativos y directos que padecerían (Guerra-Schleef 2017; López y Mohr, 2014; Carrasco, 2013) a pesar de contar con información incompleta del proyecto (OIT 2016) e incluso disponer de poco tiempo para subsanarla en el caso de procesos de participación ciudadana (Comisión Asesora Presidencial para Evaluación del SEIA 2016).

Además, el elevado número de Adendas que deben presentar los proponentes en la evaluación de los proyectos pone de manifiesto las falencias de las metodologías empleadas para elaborar los instrumentos de ingreso al SEIA (Kelly-Richards 2018). Inclusive las mismas Adendas son con frecuencia incompletas o inaceptables y no sirven para reparar la información insuficiente presentada en una DIA o EIA. Estos hechos inducen a pensar en la incompetencia técnica de los proponentes y consultoras para identificar los impactos y el área de influencia de sus proyectos o en su mala fe a la hora de compartir y hacer pública esta información (Kelly-Richards 2018).

Así, los procesos de evaluación ambiental de los proyectos de minicentrales hidroeléctricas ubicadas en la región de La Araucanía han demostrado esta falta de información, transparencia y capacidad de los proponentes para presentar DIA o EIA completos al tener que presentar un elevado número de Adendas para subsanar las omisiones e inexactitudes relativas a sus proyectos. En el caso de las DIA aprobadas, la minicentral El Manzano requirió 3 Adendas; las minicentrales El Cóndor, Panguí, Allipén, Picoquén, Alto Cautín y Trueno, necesitaron 2 Adendas; y las minicentrales Las Nieves y El Canelo presentaron 1 Adenda (DIA aprobadas); en el caso de las DIA rechazadas, la minicentral Peuma presentó 2 Adendas; en el caso de las DIA en calificación, la minicentral Llancalil lleva presentadas dos Adendas; y de las DIA desistidas, la minicentral Llancalil (reingreso) llevaba presentadas 2 Adendas, las minicentrales El Traro y El Rincón 1 Adenda y solo la minicentral Enersur no había presentado ninguna Adenda en el momento de su desistimiento. En lo que concierne a los EIA aprobados, la minicentral Añihuerraqui requirió de 4 Adendas y la minicentral Hueñivales (reingreso) de 3; en el caso de los EIA rechazados, las minicentrales El Rincón

y Los Áromos llevaban 3 Adendas y la minicentral Doña Alicia dos; y solo fue desistido el EIA de la minicentral Hueñivales sin ninguna Adenda¹⁷⁴.

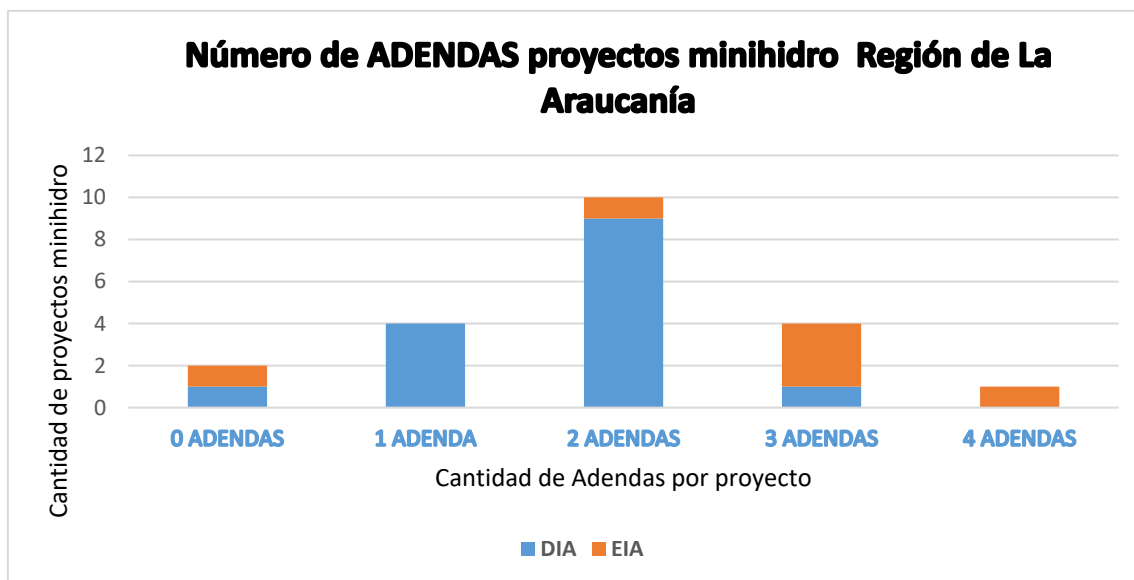


Ilustración 23. Número de Adendas de los proyectos minihidro - región de La Araucanía. Elaboración propia en base a datos SEA

En tercer lugar, los efectos de los proyectos son identificados y medidos uniformemente en todo el territorio chileno mediante variables objetivas, cuantificables y mitigables que pueden ser útiles para valorar impactos ambientales desde un enfoque puramente técnico pero que no son funcionales para considerar impactos socioculturales (Faundes 2020; Kelly-Richards 2018), que tienen un carácter subjetivo y dependen de la cosmovisión indígena y de su relación material y espiritual con sus territorios (Faundes 2020; Carmona 2013; Kelly-Richards 2018; Lopez y Mohr 2014). Además, el SEA se fundamenta en unos protocolos de evaluación fragmentada de los impactos donde separa lo humano de lo natural, mientras que la cosmovisión indígena es holística (Kelly-Richards 2018; Weke 2017a, 2017b; Cepeda 2021). De esta manera, se fomenta la exclusión e infravaloración del conocimiento indígena en la evaluación ambiental de los proyectos (Leon 2020).

¹⁷⁴ A destacar que la minicentral Hueñivales fue desistida a los pocos días de ser presentada en el SEIA y por tanto no es indicativa del número de Adendas que se presentan en la evaluación ambiental de los proyectos, mientras que la minicentral El Traro desistió al poco de serle notificado el primer ICSARA.

En cuarto lugar, los procesos de evaluación ambiental no abordan la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de los proyectos debido a que no existe en el RSEIA ningún mecanismo que garantice este derecho explícitamente recogido por el Convenio 169 de la OIT¹⁷⁵ (Jiménez y Millaleo 2016; Aylwin y Yáñez 2013; Rivas 2017; Barros y Schönsteiner 2014; CEACR 2017a, 2017b; CEACR 2014). En el mejor de los casos, la participación en los beneficios generados por los proyectos hidroeléctricos se contempla en la forma de unos compromisos voluntarios del titular del proyecto en los que ofrece a las comunidades afectadas constituir una corporación y obtener unos derechos de *royalty* para mitigar los daños sufridos durante la vida útil del proyecto. Aprovechándose de la pobreza estructural que azota a la región de La Araucanía (Orrego 2017) esta participación en los beneficios se estima en porcentajes bajísimos en relación a los beneficios anuales generados por la actividad hidroeléctrica¹⁷⁶. Estas prácticas contravienen las recomendaciones del Relator Especial en el sentido que los “*beneficios que deben de recibir los pueblos indígenas no deben ser confundidos con donaciones que puedan dar las empresas en base a su libre voluntad o el otorgamiento de servicios públicos que el Estado ya tiene la obligación de proveer a todos sus ciudadanos; la participación en los beneficios del proyecto, como derecho que corresponde a estas comunidades, va más allá de la indemnización por los daños o perjuicios causados, o de la acción benéfica. Dicha participación implica más bien un reparto equitativo de los beneficios que genera el proyecto, incluyendo los beneficios económicos, con miras a que las comunidades se conviertan realmente en partes interesadas en el desarrollo del proyecto*” (Anaya 2009, citado en CIDH 2015b).

En conclusión, este conjunto de factores limitan la capacidad del SEIA de garantizar una participación efectiva de los pueblos indígenas en la evaluación ambiental de los proyectos, erosionan la legitimidad de la consulta y la PAC indígena en el SEIA y condicionan el funcionamiento del SEIA como un proceso contencioso de naturaleza técnica e inherentemente política (Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016; Barandiaran, 2015, 2016; Leon 2020) en el que las decisiones se adoptan a partir de unas relaciones desiguales de poder donde los grupos hegemónicos imponen su “conocimiento occidental” y donde las ontologías y epistemologías indígenas tienen

¹⁷⁵ La CEACR ha pedido reiteradamente al Gobierno chileno de que se modifique la legislación nacional para que los pueblos indígenas puedan participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras (CEACR 2014; CEACR 2017a, 2017b).

¹⁷⁶ En el caso de la CH Los Áromos, los *royalties* ofrecidos a las comunidades se fijan en un 0,5% anual de los beneficios generados por la explotación del recurso hídrico.

escasas posibilidades de ser reconocidas cuando se trata de reconsiderar y visibilizar la naturaleza y alcance real de los impactos ambientales y el área de influencia del proyecto (Kelly-Richards 2018; Tauli-Corpuz 2020; Leon 2020). Así, el conocimiento indígena respecto a los impactos de los proyectos minihidro es sistemáticamente ignorado o subestimado en el marco del SEIA (OIT 2016; Kelly-Richards 2018; Leon 2020)¹⁷⁷ e incluso en las pocas ocasiones en que el procedimiento de consulta se ha desarrollado conforme a los estándares internacionales y se ha establecido una metodología de trabajo consensuada con las comunidades indígenas para visibilizar impactos tomando en consideración la cosmovisión indígena y promover una evaluación ambiental más democrática, tampoco ha servido para obtener una RCA que rechazara la aprobación del proyecto (Silva 2017)¹⁷⁸.

3.3.4. Tercera etapa: Calificación ambiental de los proyectos.

El peso de la política vuelve a ser determinante en la calificación de los proyectos de inversión por la manera en que la normativa ambiental establece quién y cómo ejerce la competencia de calificación. La LBGMA atribuye el rol calificador de los proyectos a la COEVA, que está presidida por el Intendente Regional e integrada por otras autoridades políticas regionales como las SEREMIS del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Turismo, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, y de Desarrollo Social, y por el Director Regional del SEA en calidad de Secretario (art. 86 LBGMA, SEA 2020). De esta manera, se articula una toma de decisiones respecto a la calificación ambiental de los proyectos en donde las conclusiones técnicas y jurídicas presentadas en el ICE del SEA quedan subordinadas a los intereses y prioridades del Gobierno, del Intendente regional o de las autoridades regionales ministeriales, lo que posibilita privilegiar e imponer intereses nacionales y regionales

¹⁷⁷ Según denuncia Ariel Leon, en el SEIA se eligen las epistemologías y visiones del mundo que más convienen para implantar un modelo de desarrollo y someter al “otro” indígena, de manera que cuando el saber indígena colisiona con el saber científico occidental, la autoridad ambiental se decanta por el segundo y el saber comunitario únicamente es tomado en consideración cuando es validado previamente por el filtro de peritajes antropológicos y expertos, lo que prueba cómo la lógica en la que opera el SEIA se corresponde con la hegemonía política y cultural de un Estado colonial donde difícilmente se garantiza la protección del patrimonio cultural indígena (Leon 2020).

¹⁷⁸ En el caso de la CH Añihuerraqui se logró llegar a un acuerdo metodológico después de 7 meses de iniciada la consulta con los pueblos indígenas (OIT 2016) y la consulta se desarrolló conforme a los estándares internacionales pero el resultado favorable de la calificación ambiental no satisfizo las demandas de las comunidades mapuche del *lof* Trankura (Silva 2017; Panguilef 2015; Menares 2018; Crisóstomo-Loncopán 2018a, 2018b).

a los de las municipalidades y comunidades locales (Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016). Consecuentemente, las RCA no siempre se fundamentan en consideraciones técnicas, sino que con cierta frecuencia son resultado de coyunturas políticas que nada tienen que ver con el procedimiento de evaluación ambiental y que llevan a la COEVA a pasar por alto las valoraciones recogidas en los ICE del SEA y a vulnerar la exigencia de fundamentación de los actos administrativos, lo que prueba como la calificación ambiental en última instancia puede tratarse de una decisión más política que técnica (Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA 2016).

En caso de que se produzcan desacuerdos con las comunidades indígenas y los procesos de consulta concluyan sin acuerdo o consentimiento respecto de los impactos y/o las medidas de mitigación, reparación y compensación más apropiadas y la autoridad ambiental decida emitir una RCA favorable de la actividad o proyecto consultado, el SEA deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el respeto y la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, especialmente cuando se ven concernidos el derecho a la vida, a la integridad cultural, al territorio y a la propiedad¹⁷⁹(CEACR 2017b, Jiménez y Millaleo 2016; Meza-Lopehandía et al. 2014; Anaya 2012). Toda afectación de los proyectos que suponga una restricción a los derechos indígenas impone al Estado la carga de justificar la permisibilidad de tales restricciones con arreglo a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en relación con un fin público legítimo y sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos (Anaya 2012, 2013; Tauli-Corpuz 2020; Carmona 2020a) y tener presente que la restricción de un DF debe ser siempre la última *ratio* (Carrasco 2013). También en los casos en que los pueblos indígenas hayan dado su consentimiento a una medida, o cuando se considere que una medida o proyecto no tiene repercusiones importantes, los Estados deben seguir garantizando en todo momento la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas de conformidad con sus obligaciones internacionales (Tauli-Corpuz 2020).

Sin embargo, el art. 85 del RSEIA no hace referencia al valor de los acuerdos alcanzados en los procesos consultivos, no contempla reglas para garantizar los

¹⁷⁹ El Relator James Anaya advierte que “*si el Estado decide adoptar la medida pese a la oposición de los afectados, debe garantizar que el proyecto no tenga un impacto social, cultural o ambiental significativo y que se adopten las medidas para salvaguardar todos sus derechos, inclusive su derecho a sentar sus propias prioridades para el desarrollo*” (Anaya 2010, citado en Meza Lopehandía et al. 2014).

derechos de los pueblos indígenas en caso de desacuerdos, y no reconoce la exigencia de consentimiento (o consulta vinculante) en las situaciones previstas en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte IDH (Jiménez y Millaleo 2016). Así, en los supuestos de actividades y proyectos que implican reasentamiento o traslados poblacionales, grandes proyectos de inversión o desarrollo que puedan afectar el modo de vida o subsistencia de los pueblos indígenas, y el almacenamiento o desecho de materiales peligrosos en territorios indígenas, debería obtenerse el consentimiento de los pueblos indígenas como condición *sine qua non* antes de que el SEA otorgue la RCA favorable de un proyecto (Jiménez y Millaleo 2016; Barros y Schönsteiner 2014; Anaya 2014; CEACR 2014; Corte IDH *caso Saramaka*, A/HRC/12/34, párr. 47; Meza-Lopehandía et al. 2014; Rivas 2017). En tales circunstancias que comportan impactos significativos y un riesgo de supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas debe considerarse que el consentimiento es exigible, más allá de ser un objetivo de la consulta (Anaya 2013, 2014; Tauli-Corpuz 2020; Comité de Derechos Humanos (CCPR) 2014)¹⁸⁰. No obstante, el D.S. N° 40 del MMA indica que en el caso que un proyecto que esté siendo evaluado ambientalmente signifique la reubicación de asentamientos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, este reasentamiento se podrá llevar a cabo previo consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa. Además, señala que cuando no se logre el consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados, de acuerdo a lo estipulado en el art. 16 del Convenio n° 169 (art. 7 RSEIA). Así, la exigencia del consentimiento en el D.S. 40 queda rebajada para casos de reasentamiento y es inexistente para el resto de supuestos recogidos en el derecho internacional (CEACR 2014; CEACR 2017a, 2017b; Meza-Lopehandía et al. 2014; Jiménez y Millaleo 2016; Guerra-Schleef 2017; Fuenzalida 2013; Rivas 2017). Estas lagunas y falencias del D.S. 40 en relación a

¹⁸⁰ Múltiples organismos le han requerido a Chile la necesidad de incorporar los estándares internacionales del consentimiento en el mecanismo doméstico de consulta indígena. El CCPR (2014) en sus observaciones finales señaló que el mecanismo chileno de consulta indígena debe “ajustarse a los *principios del art. 27 del ICCPR* y garantizar 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”; el CEACR señala que el art. 7 RSEIA contempla “la necesidad de contar con el consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa de los pueblos interesados” cuando un proyecto que ingresa en el SEIA conlleva el traslado o la reubicación de los pueblos indígenas pero no atiende a todas las otras situaciones previstas en los párrafos 3, 4 y 5 del art. 16 del Convenio (CEACR 2017a, 2017b).

la comprensión del consentimiento previo, libre e informado abren la posibilidad a vulnerar derechos indígenas como ocurre, por ejemplo, en el caso de los traslados de comunidades indígenas como consecuencia de concesiones eléctricas (Silva 2017; Meza-Lopehandía et al. 2014).

Además, la exigibilidad del consentimiento se diluye también con la lógica con la que opera la consulta previa: a mayor afectación, mayor exigibilidad del consentimiento, y a la inversa, a menor afectación, menor exigibilidad del consentimiento (Quidel 2017). En otras palabras, la exigibilidad del consentimiento es proporcional a la severidad de las posibles consecuencias para los pueblos indígenas concernidos. Con esta lógica, las medidas de mitigación y compensación que se contemplan en el proceso de evaluación ambiental de los EIA se erigen en un instrumento para evitar la exigibilidad del consentimiento por parte de las comunidades indígenas afectadas (Quidel 2017). Y si bien existe consenso en que ciertas afectaciones a los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas no pueden ser mitigadas, reparadas ni compensadas (Quidel 2017; Nahuelhual 2017, Carmona 2020b), especialmente cuando se ven afectados espacios de significación cultural, sin embargo, no existe ninguna disposición regulatoria que permita a los pueblos indígenas oponerse a las medidas de mitigación, reparación y compensación que no cuenten con su aprobación, de manera que es posible para el proponente obtener RCA favorables que incluyan medidas de mitigación y compensación que no son aceptables desde la cosmovisión indígena (Kelly-Richards 2018). Un caso paradigmático es el caso del proyecto de la CH Pilmaikén que obtuvo la RCA contemplando como medida de mitigación la construcción de un muro para evitar inundar el espacio donde mora el *Ngen Kintuante* (González 2017b).

Las RCA de la COEVA deben manifestar mediante resolución fundada la aprobación o rechazo del proyecto. Si la resolución es favorable, certifica que el proyecto cumple con todos los requisitos ambientales aplicables y con la normativa de carácter ambiental, incluidos los requisitos de los PAS que se señalan en el Título VII del RSEIA. Además, para el caso de un EIA, la RCA favorable certifica que las medidas de mitigación, reparación y compensación son apropiadas para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el art. 11 LBGMA; mientras que para el caso de una DIA, la RCA favorable certifica que el proyecto o actividad no genera ni presenta los efectos, características o circunstancias establecidas en el art. 11 LBGMA (art. 62 y 63 RSEIA). Si por el contrario la RCA es desfavorable, no se podrá ejecutar el

proyecto o actividad y los OAECA quedan obligados a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental (art. 64 RSEIA).

Contra la RCA de un proyecto las comunidades indígenas disponen del recurso administrativo de reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA en el caso de una DIA y ante el Comité de Ministros en el caso de los EIA siempre que hayan presentado observaciones durante la evaluación ambiental del proyecto (SEA 2020)¹⁸¹. De nuevo, el carácter político del Comité de Ministros supone una barrera para la resolución imparcial de las controversias en torno a los proyectos de inversión y permite la imposición de agendas políticas sobre cuestiones que deberían ser técnicas, especialmente cuando existe la posibilidad de adoptar decisiones políticas sobre aspectos técnicos discrecionales o sobre componentes ambientales no regulados en la normativa (Comisión Asesora Presidencial para Evaluación del SEIA 2016)¹⁸². En el caso de que los recursos administrativos no prosperen, los recurrentes pueden interponer primero una acción de reclamación ante los Tribunales Ambientales y posteriormente un recurso de apelación ante la Corte Suprema (SEA 2020).

Además, una vez transcurridos cinco años desde la obtención de una RCA favorable sin que el proponente haya iniciado las gestiones, actos u obras, de modo sistemático, ininterrumpido y permanente destinado al desarrollo de la etapa de construcción del proyecto o actividad, la SMA podrá solicitar la caducidad de dicha RCA al SEA (art. 73 RSEIA). De esta manera, esta provisión de la normativa ambiental favorece la efectiva ejecución y proliferación de proyectos energéticos ya que facilita la elaboración de las líneas de base al no tener que incorporar esos otros proyectos y evaluar los impactos acumulativos o sinérgicos (Duran 2017)¹⁸³.

¹⁸¹ También disponen de los otros recursos administrativos contemplados en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (Ley 19.880) (LBPA), siendo el más relevante el recurso de invalidación de un acto administrativo, así como del recurso de protección en el supuesto que las comunidades indígenas hayan visto vulnerados sus DF, siendo la no realización de consulta indígena la causa más impugnada (Jiménez y Millaleo 2016; Durán 2017; Guerra-Schleef 2017).

¹⁸² Los titulares de los proyectos también tienen acceso a estos recursos administrativos para oponerse a RCA desfavorables y en dos ocasiones han logrado que las presiones políticas en el Comité de Ministros tumbaran las resoluciones de la COEVA (casos de los proyectos Doña Alicia y el Rincón en la región de La Araucanía). En el caso de Doña Alicia se tuvo que abrir una comisión investigadora en la Cámara de Diputados que recogió todas las irregularidades que tuvieron lugar en las sesiones del Comité de Ministros para aprobar el proyecto (Fundación Terram 2016, 2017) y se agudizaron las denuncias públicas de la oposición política hacia el ministro de energía por haberse excedido en el ejercicio de sus funciones. En el caso del proyecto el Rincón, los voceros comunitarios denuncian cómo las agendas santiaguinas pasan por encima de los organismos técnicos del Estado, los alcaldes y consejos municipales, las comunidades mapuche y las organizaciones civiles para imponer proyectos que atentan contra los sistemas de vida y modelos de desarrollo locales (Droppelman 2019).

¹⁸³ En la región de La Araucanía dos proyectos minihidros han sido caducados por la SMA, CH Alto Cautín y Panguí.

4. Política Energía 2050.

4.1. Antecedentes.

En octubre de 2013 la presidenta Bachelet anuncia su programa de gobierno y nombra ministro de energía a Pacheco Matte, a quien encarga el mandato de diseñar y empezar a desarrollar una política energética de Estado, que tome en consideración el largo plazo y la aspiración del país de contar con un desarrollo energético seguro, eficiente, con precios razonables y que aproveche los recursos renovables de Chile de manera sustentable y no contaminante (Ministerio de Energía 2014b). Se enfatiza que eso corresponde a un cambio de paradigma de la política energética en Chile (Madariaga y Gladina 2018). El Estado no puede limitarse como hasta entonces a definir las reglas para el funcionamiento del mercado e intervenir exclusivamente ante eventuales contingencias. La nueva política asume que el Estado debe jugar un rol planificador del desarrollo energético en el largo plazo que tome en consideración y articule los intereses de los diferentes actores de la sociedad con el fin de garantizar el bien común de los chilenos (Pacheco-Matte 2018a; Pacheco-Matte 2018b).

Dicho mandato respondía a los desafíos del momento que presentaba el país: las sucesivas crisis energéticas provocadas por sequías que reducían la generación hidroeléctrica y la dependencia de energéticos importados (especialmente del gas argentino y diésel) sujetos a la volatilidad de los precios internacionales de combustibles fósiles habían dejado en evidencia la falta de confiabilidad, flexibilidad e independencia de la matriz energética chilena; la inversión en energía estaba frenada; muchos proyectos hidroeléctricos y termoeléctricos habían sido bloqueados como resultados de la oposición ciudadana y ambientalista (Pacheco-Matte 2018a); la matriz energética era notablemente mejorable desde el punto de vista de la equidad (presentaba uno de los precios más altos de la energía de toda América Latina) y de la sustentabilidad ambiental (un 41% de la electricidad generada en Chile procedía del carbón mientras que la participación de la hidroelectricidad había quedado reducida a un 34% del total de energía generada a pesar de que se había producido un importante crecimiento de las PCHS desde el año 2009 y de la existencia de un gran potencial hidroeléctrico en el país, el cual se estima en torno a los 15.700 GW) (Ministerio de Energía 2014b).

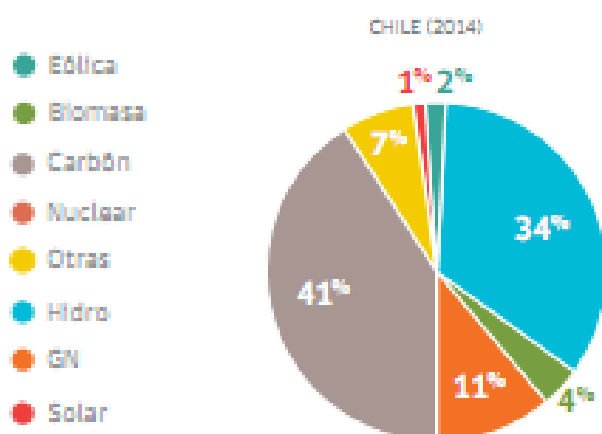


Ilustración 24. Matriz eléctrica en Chile, año 2014 (Ministerio de Energía 2015)

La definición de la futura política energética de Chile fue resultado de un proceso de más de dos años que contó con las aportaciones de tres esferas de participación para recabar diferentes análisis sobre los desafíos del país en materia energética e insumos que pudieran ser tomados en consideración por el ministro: en primer lugar, mesas temáticas y talleres regionales con el apoyo de grupos académicos de diferentes universidades del país; en segundo lugar, un comité consultivo integrado por representantes de varios ministerios e instituciones públicas, de gremios, de la sociedad civil y del mundo universitario; y por último, participación ciudadana mediante encuestas deliberativas y una consulta pública a través de una plataforma online donde los ciudadanos podían hacer sus observaciones (Ministerio de Energía 2014b). Finalmente, en diciembre de 2015, la presidenta Bachelet recibía de manos del ministro la nueva política energética para Chile, la política Energía 2050, y firmaba el decreto supremo que aprobaba la nueva estrategia energética de Chile para avanzar hacia una matriz más renovable y limpia en emisiones de GEI y una reducción de los precios de la energía al nivel de los países desarrollados.

4.2. Pilares, metas y lineamientos de la nueva política energética.

Es preciso señalar que la nueva política energética no pretendía definir acciones específicas, sino establecer líneas de acción que pudieran guiar las políticas públicas relacionadas con el sector energético y las decisiones concretas (temáticas, territoriales, normativas) del sector público al 2050. La nueva política se asentaba

sobre cuatro pilares para promover la sustentabilidad energética: i) el prioritario y fundamental, asegurar la confiabilidad de un suministro energético de calidad, flexible y accesible; ii) la comprensión de la energía como motor de desarrollo y crecimiento económico inclusivo; iii) la necesidad de hacer compatible el sector energético con la sostenibilidad ambiental; y iv) la eficiencia y educación energética para lograr un sistema energético más competitivo que permita desacoplar crecimiento económico de demanda energética (Ministerio de Energía 2014b).

La lógica de la nueva política operaba sobre la siguiente premisa: si se obtiene y se usa la energía de forma óptima, se garantiza la confiabilidad de la matriz energética y, automáticamente, se genera un círculo virtuoso que permite también garantizar el crecimiento económico y un desarrollo sustentable y equitativo. Por tanto, la comprensión sobre qué supone obtener y usar la energía de forma óptima se convierte en el elemento clave de esta política. En las metas y lineamientos que fija la nueva política para la implementación de cada uno de los pilares es posible encontrar qué entiende el gobierno por obtener y usar la energía de forma óptima, es decir, qué fuentes de energía promueve y cómo pretende hacer uso de ellas.

En relación a las fuentes de energía, la política 2050 establece como meta una gran penetración de energías renovables para conseguir una matriz de generación eléctrica con más del 60% de energías renovables al 2035 y, al menos, un 70% al 2050¹⁸⁴.

Para alcanzar estos niveles de penetración de las energías renovables en la matriz eléctrica, la política energética propone como uno de los lineamientos esenciales el promover un gran desarrollo de la hidroelectricidad “sustentable”, que incluye tanto a las centrales de embalse como de pasada¹⁸⁵. El objetivo, por tanto,

¹⁸⁴ En lo que concierne a las ERNC, la Mesa de ERNC estimó que podrían llegar a constituir un 40% de la generación eléctrica del país al 2035, con un papel destacado de las minihidros y la energía eólica y solar (Ministerio de Energía 2014b, 2015a).

¹⁸⁵ Sin embargo, en las Encuestas Deliberativas, realizadas en septiembre de 2015 para recoger la posición de la ciudadanía de las provincias de Gran Santiago, Valparaíso y Concepción en relación a los desafíos y escenarios futuros del sector energético, a la pregunta: “¿en qué medida apoyaría usted la construcción de los siguientes tipos de proyectos de generación eléctrica en su comuna o en las comunas cercanas, considerando que estos cumplirán con exigencias ambientales y sociales rigurosas que se hacen en los países desarrollados, y que además se traducirán en beneficios concretos para su comunidad?”, los resultados fueron que un 97% de los encuestados no rechazaba la instalación de centrales eólicas o solares; un 90% no rechazaba las centrales mareomotrices; un 71% no rechazaba las centrales geotérmicas; un 57% no rechazaba las CH de embalse y un 56% no rechazaba las CH de pasada (Feedback y Deuman 2015). Es

debe ser alcanzar el máximo desarrollo posible del potencial bruto hidroeléctrico nacional, estimado en prácticamente 16 GW (Santana 2014)¹⁸⁶, pero siempre desde el respeto a criterios de sustentabilidad y evaluando los impactos que el cambio climático tendrá sobre la disponibilidad hídrica futura. La política energética fundamenta su propuesta en base a las ventajas que la hidroelectricidad ofrece como fuente de energía: su disponibilidad como recurso doméstico que garantiza la seguridad e independencia del sistema eléctrico; la capacidad de regulación y los servicios adicionales que entrega al sistema eléctrico favoreciendo la incorporación de otras fuentes renovables como la energía eólica y solar (flexibilidad); la reducción de GEI; y la minimización de costos económicos (Ministerio de Energía 2014b; Plataforma Hidroelectricidad Sustentable 2020; Pérez 2020).

A pesar de estas ventajas, la política energética exige que el desarrollo del potencial hidroeléctrico quede supeditado a la satisfacción del requisito de sustentabilidad. Para cumplir con el requisito de sustentabilidad del desarrollo energético en cada una de sus dimensiones (seguridad, inclusividad, sostenibilidad y competitividad), la política energética contempla varias líneas de acción, unas más generales que aplican a toda fuente de energía, y otras más específicas para la hidroelectricidad.

decir, a pesar de los sesgos que presentaban tanto la formulación de la pregunta, que invitaba claramente a responder en favor de la expansión energética, como la muestra poblacional seleccionada, que no incluía aquellos sectores de la población mapuche que más se habían opuesto históricamente a la expansión de la hidroelectricidad, incluso así el rechazo a la hidroelectricidad alcanzaba prácticamente el 50% de los encuestados. A destacar, además, que estos encuestados que rechazaban la hidroelectricidad no hacían distinción entre las tipologías de obras hidráulicas (centrales de embalse v. centrales de paso). Es un claro reflejo de las dudas que alberga la población chilena de que la hidroelectricidad pueda alcanzar determinadas cotas de sustentabilidad.

¹⁸⁶ La hidroelectricidad no es la única fuente de energía que se promueve en la Política Energética 2050. Otras energías renovables que se contempla que deben tener una fuerte participación en la matriz eléctrica son el gas natural y la biomasa, tecnologías de menores emisiones y costo-eficientes, junto a un fuerte crecimiento de la energía solar y eólica (con un potencial de 20 GW cada una) y en menor medida de la geotermia. Otras opciones renovables que en el futuro deberían contribuir a tener una matriz energética más segura, flexible y limpia según la Política Energética serían el aprovechamiento del litio para el desarrollo y utilización de sistemas de almacenamiento y la electrificación y uso masivo del hidrógeno en el transporte (Ministerio de Energía 2014b; Pacheco-Matte 2018c). Cabe señalar que a pesar de la fuerte apuesta por las fuentes de energía renovables, la Política Energética 2050 incluye también la posibilidad de explorar y explotar los recursos de hidrocarburos del país.

En cuanto a los lineamientos generales, son los referidos a los pilares de inclusividad y sostenibilidad los que presentan un mayor potencial de afectación a los derechos de la población indígena. Entre ellos, se destacan: i) asegurar que el desarrollo energético favorezca el desarrollo local definido por las comunidades, de manera coherente con la estrategia nacional y regional y promover la implementación de desarrollos energéticos y proyectos impulsados por pequeños productores y comunidades interesadas en aprovechar los recursos energéticos de su territorio; ii) integrar y dar coherencia a los intereses de los diferentes actores, sectores, instituciones y escalas territoriales (nacional, regional y local) asociados a la gestión del territorio para el desarrollo energético con la meta de que las Estrategias Regionales de Desarrollo (ERD) y los instrumentos de planificación y ordenamiento territorial regionales y comunales incorporen adecuadamente los lineamientos de la política energética. En este ámbito, se contempla la elaboración de Planes Energéticos Regionales (PER) por parte del Ministerio de Energía (y con participación de las Comisiones Regionales de Desarrollo Energético) para incidir directamente en la formulación de los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT)¹⁸⁷. La finalidad es implementar los PER -cuya naturaleza es indicativa- de manera articulada con los PROT y las ERD, y consecuente con la planificación y la política energética de largo plazo; iii) planificar periódicamente el adecuado y oportuno desarrollo de la infraestructura de transmisión eléctrica y polos de desarrollo¹⁸⁸; iv) garantizar por parte del Estado la existencia de procesos formales de participación ciudadana temprana, informada, simétrica e incidente en políticas, planes y proyectos, a nivel nacional, regional y local; v) generar bajos impactos ambientales y que los riesgos e impactos ambientales que conlleva la generación, transmisión y distribución eléctrica puedan ser anticipados, manejados, mitigados o compensados, según corresponda, lo que requerirá perfeccionar y mejorar el marco regulatorio de manera periódica, a través de programas de revisión y elaboración de nueva normativa e instrumentos de gestión ambiental y estándares de sustentabilidad

¹⁸⁷ El análisis sectorial regional y la línea de base del Diagnóstico Energético Regional del PER de La Araucanía fueron presentados en el año 2017 (Vivendio Iberoamerica y LPT-UCT 2017a, 2017b).

¹⁸⁸ La Ley de Transmisiones finalmente aprobada redujo el porcentaje de fuentes de ERNC para que un territorio sea definido como polo de desarrollo energético de un 70% a un 20% y fomenta así el desarrollo de grandes represas que son además subsidiadas ya que el Estado se encarga de definir trazados, hacer los estudios e incluso asumir los costos de expropiación, para que luego el privado construya y obtenga las utilidades (Electricidad 2016).

ambiental atinentes al sector energía; vi) reducir las barreras para mejorar la competitividad de las fuentes priorizadas y fomentar el emprendimiento e innovación en el sector; vii) superar la asimetría de información y de conocimiento en relación a la energía y las diferentes tecnologías disponibles para generar un cambio cultural en la ciudadanía chilena que permita construir una visión compartida del desarrollo energético del país (Ministerio de Energía 2014a, 2014b).

En relación a la hidroelectricidad, la política energética diseñó los siguientes lineamientos: i) la elaboración de estudios de 8 cuencas del país donde se recoja información de naturaleza económica, social, cultural, ambiental y productiva que orienten las elecciones de los decisores de la política pública y el ordenamiento territorial¹⁸⁹; ii) desarrollar un mecanismo de articulación entre los sectores público, privado, académico y de la sociedad civil para la implementación de estándares de sustentabilidad hidroeléctrica¹⁹⁰; iii) participación del sector energético en la mesa intersectorial sobre recursos hídricos, para incidir en propuestas legislativas relacionadas con el marco normativo de los derechos de agua (CA) y los instrumentos económicos que apoyen y sustenten la generación hidroeléctrica; iv) proponer marcos

¹⁸⁹ En el marco de la Agenda de Ordenamiento Territorial para la Hidroelectricidad las cuencas que se estudiaron fueron las de mayor potencial hidroeléctrico: Maule, Biobío, Toltén, Valdivia, Bueno, Puelo, Yelcho, Palena, Cisnes, Aysén, Baker y Pascua. El estudio de cuencas, realizado entre 2014 y 2016, estimó un potencial hidroeléctrico total de unos 16.000 MW e identificó y construyó 50 objetos de valoración que recogían los diferentes intereses y usos vinculados al agua en el territorio desde las regiones de O'Higgins hasta Aysén con el propósito de integrar la dimensión hidrológica, ambiental, económica, social y cultural en el desarrollo energético. A partir del cruce de estas dos variables, potencial hidroeléctrico y objetos de valoración a escala de sub-subcuenca, el estudio de cuencas se convirtió en una herramienta para que decisores públicos (y privados) pudieran identificar y analizar las diferentes configuraciones espaciales e hipotéticos escenarios de desarrollo hidroeléctrico (Plataforma Hidroelectricidad Sustentable 2020; Ministerio de Energía 2016c).

¹⁹⁰ La Mesa Participativa de Hidroelectricidad Sustentable estuvo integrada por representantes del gobierno, del mundo privado y el gremio hidroeléctrico, de pueblos originarios y de la sociedad civil y sesionó entre los meses de agosto de 2016 y abril de 2017 con el mandato de definir los estándares de la sustentabilidad de la hidroelectricidad a partir de criterios de sostenibilidad medioambiental y protección de las dinámicas sociales y culturales en los territorios. Las principales ONGs ambientalistas del país se negaron a participar en esta mesa por su disconformidad con la política hidroeléctrica del ministro de energía (Larraín et al. 2016). La Mesa tomó como elemento de partida para iniciar sus sesiones el estudio “Estándares Internacionales de Sustentabilidad para la Hidroelectricidad y Posibilidades de Implementación en Chile”, estudio orientado al análisis de buenas prácticas de sustentabilidad en la hidroelectricidad, elaborado en 2015 por un equipo de ingenieros técnicos y geógrafos de la Universidad de Concepción (Meier et al. 2015a), y recogió sus conclusiones en el documento “Recomendaciones para avanzar hacia una hidroelectricidad sustentable en Chile” (Ministerio de Energía 2017b). Sin embargo, todavía no existe hoy día en Chile un instrumento formal que incorpore estos principios y criterios de sustentabilidad.

regulatorios para las variaciones intradiarias de caudal provocadas por la generación de punta en el contexto de operación del sistema eléctrico¹⁹¹; y v) apoyar la elaboración de normativas de protección de la biodiversidad y ecosistemas asociados a los impactos específicos de la hidroelectricidad (Ministerio de Energía 2014b)¹⁹².

4.3. Dimensión indígena de la Política Energía 2050.

En agosto de 2014 se inició un largo proceso de consulta indígena con el propósito de considerar e incorporar la mirada y los intereses de los pueblos indígenas en la nueva PEN. De esta manera, se pretendía satisfacer el principio de inclusividad del desarrollo energético sustentable promovido por el gobierno y dar cumplimiento con las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar el Convenio 169 de la OIT.

El proceso participativo fue concebido desde una doble lógica con sus diferentes etapas:

En primer lugar, identificar los intereses, demandas y necesidades de los pueblos indígenas en contextos de desarrollo de proyectos de energía. En esta primera etapa del proceso participativo, se convocaron un comité consultivo -integrado por

¹⁹¹ El Ministerio de Energía desarrolló estudios donde se analizan medidas de mitigación existentes para los efectos de la oscilación intradiaria de caudales, producto de la generación de punta, aplicables al desarrollo hidroeléctrico de Chile (Meier et al. 2015b).

¹⁹² En este sentido, los compromisos asumidos desde la División de Desarrollo Sustentable del Ministerio de Energía han sido múltiples: presentar propuestas conjuntamente con el MMA y la DGA para modificar el Reglamento del Caudal Ecológico (la modificación del Reglamento de Caudal Ecológico se publicó en enero de 2015); levantar información para el desarrollo de estándares y guías ambientales atinentes al sector energético, apoyar al SEA para desarrollar la Guía Metodológica para Determinar el Caudal Ambiental de Centrales Hidroeléctricas en el SEIA (SEA 2016) y capacitar durante el año 2017 a funcionarios y evaluadores de organismos con competencias ambientales, consultoras ambientales y empresas titulares de proyectos hidroeléctricos en el uso de esta guía; y analizar mecanismos de evaluación ambiental específicos para PCHS en el marco de la discusión de la reforma al SEIA (Peredo 2015) que pudieran complementar la Guía para la Evaluación de Impacto Ambiental de Centrales de Generación de Energía Hidroeléctrica de Potencia Menor a 20 MW (SEA 2012). Además, desde el SEA se trabajaron en paralelo 15 guías de diferentes temáticas relacionadas con la evaluación ambiental de proyectos para establecer criterios que permitieran mejorar la evaluación de los OAECA. Especialmente relevantes para la evaluación ambiental de proyectos hidroeléctricos son las guías relativas a la compensación de biodiversidad y al reasentamiento de comunidades humanas (art. 7 RSEIA) y de los permisos para la corta de bosque nativo (art. 148 RSEIA), la corta de plantaciones en terrenos de Aptitud Preferentemente Forestal (art. 149 RSEIA), la construcción de ciertas obras hidráulicas (art. 155 RSEIA), la modificación de cauces (art. 156 RSEIA), y la realización de obras de regularización o defensa de cauces naturales (art. 157 RSEIA).

representantes del sector público, privado, sociedad civil y la academia- encargado de determinar los principales desafíos que suponía el desarrollo energético desde el enfoque de derechos de los pueblos indígenas¹⁹³ y 34 mesas de energía y pueblos indígenas para recabar los principales reclamos de los pueblos indígenas en relación con la energía¹⁹⁴. Además, también se celebraron cinco encuentros macrozonales para acordar la metodología que se implementaría en el proceso participativo y cómo se construirían los lineamientos y acciones que recogería el Capítulo Indígena de la Política Energía 2050 (Ministerio de Energía 2014b, 2016a, 2016b, 2017a).

En segundo lugar, definir prioridades y consensuar propuestas concretas que plantearan acciones específicas en materia de energía. En esta segunda fase del proceso consultivo se celebraron 41 encuentros locales con el propósito de generar y validar lineamientos y acciones específicas que incorporasen la visión y los intereses indígenas en relación con proyectos de desarrollo energético; tres encuentros macrozonales con participación de los diferentes pueblos indígenas para consensuar los contenidos comunes que debieran ser integrados en el Capítulo Indígena de la

¹⁹³ En el documento Hoja de Ruta Energía 2050, el Comité Consultivo enunció como principales desafíos el acceso universal y equitativo a energía de calidad, la participación en la elaboración de políticas, planes y proyectos energéticos, la relación armónica entre desarrollo energético y pueblos indígenas y la cultura y educación energética (Comité Consultivo de Energía 2015).

¹⁹⁴ En las mesas de trabajo los pueblos indígenas expusieron sus principales preocupaciones y reclamos en relación a las iniciativas de desarrollo energético que se proyectan en sus comunidades o zonas aledañas a ellas: disponibilidad de mecanismos de información temprana para conocer las características de los proyectos de energía; reducción de las asimetrías de información entre empresas y comunidades indígenas; mejora de los estándares de participación de los pueblos indígenas tanto en el diseño de acciones para el desarrollo energético del país como también en la evaluación de proyectos específicos; disconformidad con la comprensión vigente de lo que constituía una implementación adecuada del derecho a la consulta a los pueblos indígenas por parte del Estado (los representantes indígenas reclaman una participación temprana de naturaleza obligatoria y vinculante); insuficiente identificación, valoración y protección del patrimonio cultural y territorial de los pueblos indígenas por parte del Estado y de actores privados del sector energético; mejora del sistema de evaluación ambiental con respecto a los impactos de los proyectos de energía en la población indígena; obligatoriedad de la participación indígena en la evaluación ambiental de todos los proyectos de energía susceptibles de afectarles, al margen del tamaño de dichos proyectos (Tohá 2017) o la modalidad por la cual hubieran ingresado al sistema (EIA, DIA o carta de pertinencia); reconocimiento del agua como un derecho humano; reforma del sistema de asignación de DAA; limitación del uso del agua superficial y subterránea por parte de las grandes empresas, especialmente en condiciones de escasez; y profundización de procesos de devolución de derechos de agua a comunidades indígenas. Por su parte, los representantes del empresariado hicieron notar las dificultades que encontraban para reconocer adecuadamente a las instituciones representativas propias de los pueblos indígenas en el momento de iniciar un proceso consultivo (Ministerio de Energía 2017a, 2016a, 2016b, 2015c).

política energética (Ministerio de Energía 2017a); un Encuentro Nacional al que asistieron 43 representantes de los diferentes pueblos indígenas de Chile para validar las acciones planteadas en el Capítulo Indígena; y finalmente, la Comisión de Energía del Consejo Nacional de la CONADI realizó la revisión final de la propuesta del Capítulo Indígena (Ministerio de Energía 2017a)¹⁹⁵. El proceso consultivo terminó en julio de 2017, un año y medio después que la presidenta hubiera firmado el D.S. 148 con el que se aprobaba la primera versión de la Política Energía 2050 (30 diciembre de 2015).

4.4. Lineamientos, componentes y acciones del Capítulo Indígena.

El Capítulo Indígena aborda la relación de los pueblos indígenas con la energía desde un triple enfoque: como contrapartes de proyectos energéticos, como usuarios de servicios energéticos y como posibles generadores de energía. Para cada una de estas dimensiones, el Capítulo Indígena propone una serie de lineamientos y acciones que debieran ser parte de una política energética social y culturalmente inclusiva.

En lo que respecta a los pueblos indígenas como contrapartes de proyectos energéticos, el Capítulo Indígena promueve que el desarrollo energético del país se realice resguardando el respeto de los derechos de los pueblos indígenas¹⁹⁶, para lo que propone acciones como la capacitación de las instituciones representativas de los pueblos indígenas en materia energética de forma que puedan tener acceso a una participación y toma de decisiones informada; la formación de todos los actores en lo que concierne a la consulta previa, derechos indígenas y la gestión y resolución de conflictos por medio de la elaboración de una guía de participación para el desarrollo de proyectos de energía en territorios indígenas (Ministerio de Energía 2017a) y de estudios sobre experiencias de proyectos de energía en territorios indígenas; la creación de un mecanismo que pueda ofrecer asesoría especializada a instituciones representativas de los pueblos indígenas durante todo el ciclo de vida de un proyecto;

¹⁹⁵ A pesar de estos esfuerzos, el propio Capítulo Indígena reconoce que la participación de representantes indígenas de los diferentes territorios no fue suficientemente significativa.

¹⁹⁶ Entre los que se destacan el derecho a la definición de sus prioridades de desarrollo, la gestión de sus recursos naturales y el respeto por su identidad cultural, el derecho a consulta, a la indemnización y participación en los beneficios, al consentimiento previo libre e informado en determinadas circunstancias y a la participación en la realización de EIA.

la coordinación intersectorial para la correcta implementación de mecanismos de consulta y participación en proyectos de energía, considerando exigencias y cumplimiento de estrategias de participación que sean consistentes con la magnitud del proyecto¹⁹⁷; la promoción de la participación de las instituciones representativas de los pueblos indígenas en los beneficios generados por los proyectos de energía, ya sea porque el Estado tenga propiedad o derechos sobre los recursos existentes en las tierras o por iniciativa voluntaria de las empresas; garantizar la participación de los representantes de los pueblos indígenas en las diferentes instancias de la planificación del ordenamiento y gestión territorial energética y la visibilización e integración de elementos de valoración patrimonial y cultural de los pueblos indígenas en los estudios de ordenamiento territorial energético regional. Especialmente relevante es la conclusión del Capítulo Indígena de que debiera potenciarse la ejecución de instancias de participación que permitan una mayor incidencia de los pueblos indígenas en las fases previas a la entrada de los proyectos de energía al SEIA para permitir que, durante la evaluación de los proyectos, ya se encuentren incorporadas las visiones e inquietudes de los pueblos indígenas (Ministerio de Energía 2017a).

En lo que respecta a los pueblos indígenas como posibles generadores de energía, el Capítulo Indígena propone generar las condiciones necesarias para que las comunidades indígenas interesadas puedan estudiar, desarrollar e implementar proyectos de generación de energía, tanto para su autoabastecimiento como para inyectarla al sistema con fines comerciales. Sin embargo, el Capítulo Indígena reconoce la necesidad de superar tres obstáculos que dificultan el emprendimiento de las comunidades indígenas: la inseguridad jurídica en la tenencia de la tierra y DAA, las dificultades de acceso a financiamiento y la falta de capacidad técnica. Para lograr este objetivo, el Capítulo Indígena propone acciones como articular instancias de asesoría permanente y especializada y de financiamiento público y/o privado para diseñar técnica, cultural y económicamente un proyecto, ya sea para implementar sus propios proyectos de energía o compartir propiedad con los titulares de proyectos (Ministerio de Energía 2017a).

¹⁹⁷ De nuevo se constata cómo desde el Ministerio de Energía se identifica la magnitud del proyecto con una mayor exigibilidad de la consulta previa.

En cuanto a la mirada de los pueblos indígenas como usuarios de energía, el Capítulo Indígena tiene como objetivo lograr una mejora de la calidad de vida de la población indígena sobre la base de un acceso más equitativo a los servicios energéticos y propone acciones como la creación y fortalecimiento de programas y fondos existentes dirigidos a facilitar el acceso a la energía de la población indígena; el fomento de soluciones energéticas renovables para fomento productivo de pequeña y mediana escala así como de autoconsumo de pequeña escala en comunidades indígenas; divulgar información de forma masiva, clara y adaptada culturalmente sobre los diferentes tipos de energías renovables disponibles para soluciones domiciliarias e iniciativas productivas; y reducir los costos de los servicios energéticos (Ministerio de Energía 2017a).

5. PLAN 100 MINIHIDROS.

5.1. Introducción.

Si la Agenda de Energía 2050 fue concebida para ser una hoja de ruta de la política energética de largo recorrido, con el propósito de orientar las decisiones y acciones de los sucesivos gobiernos en el corto, mediano y largo plazo (Pacheco-Matte 2018a, 2018b, 2018c), el Plan 100 Minihidros fue la única política pública propiamente tal de fomento de la hidroelectricidad¹⁹⁸. La política 2050 tenía entre sus lineamientos un desarrollo importante de la energía hidroeléctrica en Chile, pero el único programa concreto de política pública concebido desde el Ministerio de Energía para perfeccionar este lineamiento de fomento de la hidroelectricidad fue el Plan 100 Minihidros (Toha 2017).

El objetivo era la construcción y puesta en servicio de 100 nuevas PCHS¹⁹⁹ durante el período 2014-2018 (Pérez 2020)²⁰⁰. El plan fue concebido como una alianza entre el sector público y privado para impulsar la participación del sector minihidro en la matriz eléctrica chilena (Pacheco-Matte 2018b; Danilo Núñez 2018) y reducir así la brecha entre el gran potencial hidroeléctrico de Chile y la capacidad efectivamente instalada (Ministerio de Energía 2014a; Ministerio de Energía y GIZ 2014b). Desde el Ministerio de Energía se consideraba que las CH pequeñas (o de tamaño intermedio) representaban una gran oportunidad para sumar energía de base que ofreciera mayor autonomía al promover el uso de recursos energéticos propios, menor dependencia de la importación de combustibles fósiles y una reducción de los precios (Subsecretaría de Energía 2015; Pérez 2020)²⁰¹.

¹⁹⁸ Es fomento porque desde el Ministerio de Energía apoyaban a las generadoras con la tramitación de todos los permisos sectoriales necesarios para desarrollar un proyecto minihidro (Tohá 2017).

¹⁹⁹ En Chile las minihidros o PCHS son aquellas CH con una capacidad instalada inferior a 20 MW (art. 225, letras aa) 2, LGSE; Ley 20.257). Este umbral es superior al criterio mayoritario adoptado en el resto de países y delimitado en 10 MW (Kelly-Richards 2018). Todas las minihidros en Chile están construidas en base a la tipología central de pasada (Plataforma Hidroelectricidad Sustentable 2020).

²⁰⁰ Desde la UGP del Ministerio se definieron unas metas de minihidros que tenían que entrar en operación a nivel regional y se solicita a las SEREMIS de Energía que den prioridad a la tramitación y aprobación de estos proyectos (Pérez 2020).

²⁰¹ La matriz energética primaria de Chile es dependiente de combustibles fósiles que provienen en su mayoría desde el exterior: el petróleo crudo, el carbón y el gas concentran los 67,4% de los energéticos utilizados en Chile, ya sea para las actividades del sector industrial, transporte, comercial, público o residencial, pero la abundancia, disponibilidad y calidad de sus recursos (abundancia hídrica, gran radiación

5.2. Diagnóstico del sector minihidro.

El diagnóstico del sector minihidro en marzo del 2014 era que su participación en la matriz eléctrica era bastante reducida. Hasta entonces tan solo operaban en todo Chile 55 PCHS con una capacidad de generación de 256 MW, cantidad que representaba el 2,1% del total de la capacidad eléctrica instalada (19.774 MW) (UGP 2015).

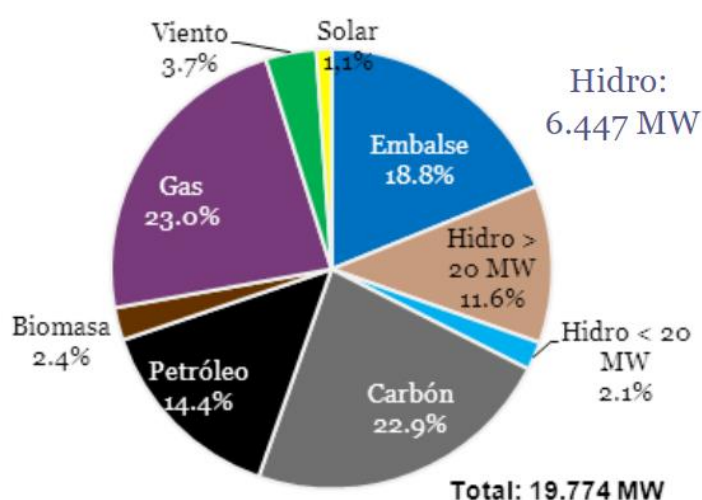


Ilustración 25. Matriz eléctrica en Chile. Año 2014 (UGP 2015)

Desde el Ministerio de Energía se comenzó a trabajar con las empresas del sector hidroeléctrico y con la APEMEC para elaborar un catastro con los nuevos proyectos minihidro que pudieran ser desarrollados antes del año 2018, tomando en consideración categorías como la etapa de desarrollo en que se encontraba el proyecto, si contaba o no con una RCA favorable, el estado de los permisos sectoriales, la ubicación del proyecto y las necesidades y capacidades financieras (Núñez 2018; Pérez 2020). El propósito último del catastro era, por tanto, conocer la medida en que era factible incrementar el peso del sector minihidro en la matriz eléctrica y generar un *input* que permitiera al gobierno concentrar los esfuerzos en aquellos proyectos con mayores probabilidades de convertirse en realidad (Pacheco-Matte 2018b; Pérez 2020; Núñez 2018). Se identificaron un total de 130 nuevos proyectos minihidros con una capacidad de 721 MW entre la

solar y buenas condiciones de viento) permiten augurar un fuerte desarrollo de las ERNC (Subsecretaría de Energía 2019).

Región Metropolitana y la Región de Aysén, siendo las regiones del Maule, Bío Bío y La Araucanía donde se concentraban el 70% de los proyectos. A destacar que un 60% de estos proyectos tenían una capacidad instalada inferior a 5 MW y el 40% de ellos contaba con aprobación ambiental y se encontraba en estado de obtención de permisos, financiamiento y/o solución de conexión (Núñez 2018)²⁰².

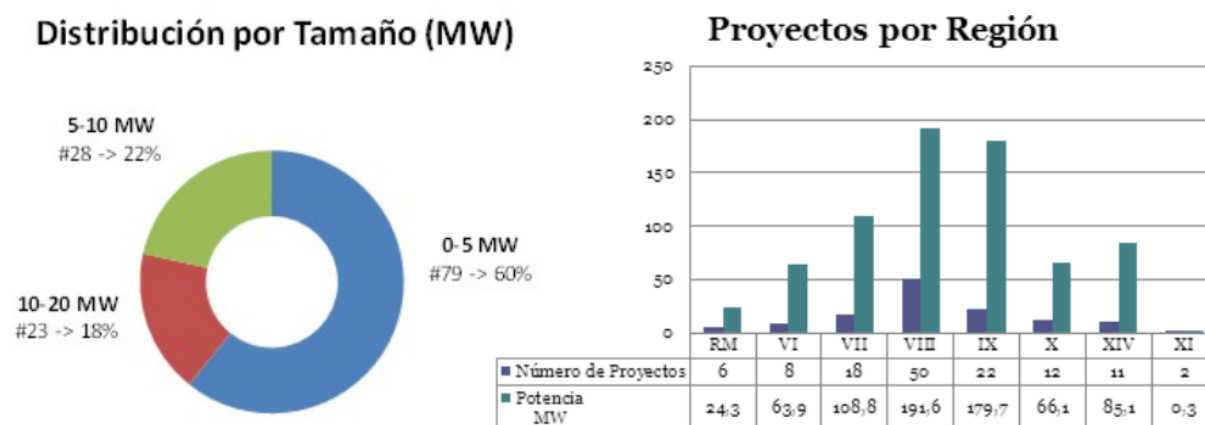


Ilustración 26. Catastro de proyectos (UGP 2015)

5.3. Barreras para el crecimiento del sector minihidro.

Para revertir esta situación de escaso desarrollo del potencial hidroeléctrico en base a PCHS, desde la UGP del Ministerio de Energía se estudiaron las barreras que impedían un mayor desarrollo de las PCHS en Chile. Las barreras que se identificaron desde la UGP fueron las siguientes: los extensos plazos en la tramitación de los permisos sectoriales, especialmente del permiso de obras hidráulicas²⁰³; la escasez de líneas de

²⁰² Desde la UGP se trabajaba con dos catastros, uno público, que constaba de 130 proyectos minihidros, y otro confidencial, que se gestionaba privada y conjuntamente con las empresas y que incluía los proyectos en etapa de prefactibilidad alcanzando una cifra superior a los 200 proyectos minihidros (Ver Anexo) (Pérez 2020).

²⁰³ La moción presentada por los senadores Horvath, Girardi, Navarro y Prokurica: “Promoción a las energías renovables y en particular las pequeñas y medianas centrales hidroeléctricas” (2008) daba cuenta del extenso periodo de tiempo requerido para obtener los derechos de aguas, los EIA y otros trámites administrativos. Para el prototipo de PCH (6 MW) que ingresa al SEIA mediante DIA estimaba un plazo superior a los 6 años entre la exploración del recurso hídrico y la puesta en operación de la central (Ver Anexo). El diagnóstico realizado en 2014 desde el Ministerio de Energía era todavía más desalentador ya que sostenía que el promedio de ejecución de un proyecto minihidro era de 8 años (Pérez 2020). El problema

transmisión y su congestión en la zona sur de Chile, donde se concentra el mayor potencial hidroeléctrico, que hacía inviable la rentabilidad de los proyectos ya fuera por verse obligados a construir su propia infraestructura de conexión o por tener que vender la electricidad a bajo precio (Núñez 2018); los elevados costos de inversión y de construcción de ingeniería básica; la conflictividad social y la oposición de las comunidades afectadas que no distinguían entre los diferentes proyectos en función de su tamaño e impactos asociados; y las exigencias en la tramitación medioambiental de los proyectos que aumentan los plazos y los costos de los proyectos al requerirse un nivel de ingeniería mayor (UGP 2015; Pérez 2020)²⁰⁴.

5.4. Medidas del Plan 100 Minihidros.

5.4.1. Nueva institucionalidad: Unidad de Gestión de Proyectos (UGP) y División de Participación y Diálogo Social (DPDS).

Para superar estas barreras, el ministro Pacheco Matte diseñó una nueva institucionalidad con la creación de la UGP y la DPDS. La UGP tendría el mandato de promover la inversión en infraestructura energética, el monitoreo permanente de las estrategias de crecimiento y desarrollo de las empresas del sector, el seguimiento del estado de avance de los proyectos de infraestructura y la identificación y superación de barreras en la tramitación de los permisos sectoriales para nuevos proyectos hidroeléctricos²⁰⁵, mientras que la DPDS debería asumir el rol de promotor del diálogo, facilitador e incluso mediador para prevenir y gestionar los conflictos socioambientales (Pacheco-Matte 2018b; Quidel 2017; Nahuelhual 2017).

de la burocracia y lentitud de la “permisología” afectaban negativamente al avance, materialización y competitividad de los proyectos de energía renovable (Horvath 2015).

²⁰⁴ El plazo de ejecución de un proyecto desde el ingreso al SEIA hasta que entra en operación era de tres años y medio y superaba los dos años una vez obtenida la RCA (Núñez 2018).

²⁰⁵ La UGP realizaba reuniones mensuales con el Ministro de Energía donde presentaba unos estudios denominados despensas para evaluar los avances y la evolución de la ejecución del Plan 100 Minihidros. Además, también elaboraba fichas individuales de los proyectos minihidro que se estaban impulsando desde el Ministerio de Energía y donde se recogían las particularidades de cada proyecto, los obstáculos que confrontaban y el estado en que se encontraban (Ver Anexo) (Pérez 2020).

5.4.2. Líneas de acción del Plan 100 Minihidros.

Para superar las barreras que impedían el crecimiento del sector minihidro, el Plan 100 Minihidros contempló las siguientes líneas de acción:

5.4.2.1. *Cambios regulatorios.*

En primer lugar, introducir mejoras desde las políticas públicas en la regulación sectorial para estimular la inversión, agilizar la tramitación de los proyectos y superar los cuellos de botella administrativos que dificultaban la culminación de los proyectos hidroeléctricos. Así, por ejemplo, se contempló la revisión al alza del límite de 2 m³/s o de la capacidad instalada de 3 MW como estándar mínimo para entrar al SEIA, lo que permitiría a cada CH disponer de mayor cantidad de agua y mayores posibilidades de sortear el escrutinio del SEA (UGP 2015; Pérez 2020).

5.4.2.2. *Convenios y cooperación intersectorial para agilizar los permisos requeridos por proyectos minihidro.*

En segundo lugar, se acordaron varios convenios intersectoriales y se emprendieron multitud de acciones de coordinación intersectorial con otros servicios públicos con el propósito de fomentar una planificación integral de apoyo a los avances de los proyectos minihidro que contribuyera a la obtención de los permisos ambientales y sectoriales y lograra que el proyecto fuera finalmente construible (Pacheco-Matte 2018b). Así, el Ministerio de Energía suscribió los siguientes Convenios:

a) con la Comisión Nacional de Riego, para impulsar el desarrollo de iniciativas de microgeneración hidroeléctrica²⁰⁶ para proyectos de riego que permitieran satisfacer el autoconsumo de la unidad productiva, con especial énfasis en aquellos proyectos que beneficiasen a pequeños productores agrícolas y sus organizaciones, incluyendo a los pueblos originarios (Celis Huaiquilaf 2016). El fomento de proyectos de microgeneración hidroeléctrica complementarios a infraestructuras de riego fue defendido como un

²⁰⁶ La microhidro, es una CH de potencia nominal igual o inferior a 100kW, cuya principal función es suministrar electricidad a un radio no mayor de 3km desde la central y pueden estar configuradas mediante conexión a la red eléctrica o en isla (Celis-Huaiquilaf 2017).

instrumento para promover un desarrollo de proyectos de riego y una agricultura más sustentables tanto económica como ambientalmente (Subsecretaría de Agricultura 2018; Celis Huaiquilaf 2016). Los convenios suscritos recurrieron a los concursos de la Ley N° 18.450 de Fomento a la Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje para bonificar proyectos de riego con equipos de generación en base a microhidráulica y reconocieron no solo el derecho a autogenerar con ERNC para proyectos de riego, sino también a inyectar los excedentes a la red eléctrica conforme a la Ley N° 20.571. De esta manera, se abrieron sucesivas convocatorias en los años 2016 y 2017 de los concursos “ERNC y microhidros” por un monto de 1500 millones de dólares cada uno (Celis Huaiquilaf 2017). Buena parte de esos recursos se asignaron a la construcción de nuevas unidades de microgeneración hidroeléctrica para beneficio de miles de regantes y agricultores de las regiones de Antofagasta, Maule, Biobío y Araucanía (Subsecretaría de Energía 2017). Estos concursos han tenido continuidad hasta la actualidad (Pérez 2020).

b) con la DGA, para facilitar asesoría especializada y profesional en las tramitaciones de solicitudes de DAANC y sus traslados para proyectos minihidro, así como en las tramitaciones para permisos de obras mayores (UGP 2015; Núñez 2018; Res. Ex. DGA N° 3.719; Ubilla 2020)²⁰⁷. Además, se logró armar una base de datos sistematizada y actualizada de los DAA otorgados y en trámite para usos de hidroelectricidad (Res. Ex. DGA N° 3.719; Ubilla 2020). Este explorador de DAANC constituye una fuente de información pública importante para la seguridad jurídica y toma de decisiones de los potenciales inversores ya que en él encuentran el potencial hidroeléctrico actualizado de Chile así como la información necesaria para facilitar la tramitación de los permisos sectoriales y obtener el otorgamiento y traslado de derechos (Subsecretaría de Energía 2015). Desde el Ministerio de Energía se entendía que la difusión de información de manera clara y oportuna mediante esta herramienta era fundamental para fomentar el desarrollo de proyectos minihidro e impulsar políticas públicas en base a energías renovables.

c) con la Dirección de Vialidad del MOP, para determinar e implementar mecanismos que posibilitaran la autorización para el emplazamiento de proyectos de estructuras de

²⁰⁷ En este último ámbito se elaboró una instrucción para informar a los actores de la industria sobre el nuevo reglamento para permisos de Obras Mayores (Pérez 2020).

transmisión de ERNC en la faja fiscal de los caminos públicos; monitorear los procesos de obtención de permisos de construcción de líneas de transmisión de energía eléctrica en la faja fiscal de los caminos públicos; lograr una expedita tramitación de los permisos requeridos al MOP para la construcción de las líneas de transmisión de energía eléctrica; coordinar los distintos proyectos de instalación de líneas eléctricas a fin de estimular una planificación adecuada y eficiente del uso de la faja fiscal (Decreto Exento N° 1.190, MOP 2015; Núñez 2018) e incrementar sustanciosamente el presupuesto destinado a iniciativas de inversión en obras lideradas por la Dirección de Vialidad y la Coordinación de Concesiones (Dirección de Vialidad 2016, 2017).

d) con la CONADI, para desarrollar e implementar proyectos de ERNC a pequeña escala focalizados en comunidades y familias indígenas de las regiones de la Araucanía, Los Ríos y los Lagos que fueran acordes a las actividades productivas desarrolladas y a las necesidades energéticas de las comunidades indígenas rurales de las respectivas regiones. Con este programa de energización de comunidades indígenas se pretendía no solo mejorar su calidad de vida y potenciar las posibilidades de desarrollo local, sino también fomentar la emprenduría indígena (Subsecretaría de Energía 2016). Además, del trabajo conjunto entre la CONADI y el Ministerio de Energía también resultó la elaboración de la “Guía de Pueblos Indígenas y Energía: orientaciones para el desarrollo de proyectos de Energía en contextos indígenas” así como la difusión de recursos educativos en materia energética. En este sentido, una de las primeras líneas de trabajo planificadas en la Estrategia de Educación Energética fue la constante difusión en las comunidades del concepto de energía, sus fuentes, el buen uso de ésta y sus distintos aportes al desarrollo del país. En este contexto, se difundió el libro de bolsillo “Conoce Tu Energía” y una serie de videos explicativos en lenguaje sencillo de conceptos de energía en articulación con las iniciativas emprendidas por la CONADI y las SEREMI de Energía y se difundieron ejemplares en Rapanui y Mapudungún como esfuerzo en incluir el desarrollo del conocimiento del sector de energía a las comunidades indígenas del país (Subsecretaría de Energía 2018)²⁰⁸.

²⁰⁸ Ninguna minihidro fue construida para suministrar energía a las comunidades indígenas en el marco de este programa (Ministerio de Energía 2020, op. Cit. 8). Por su parte, los instrumentos para “educar” a las comunidades indígenas en materia energética tienen como objetivo fomentar la aceptabilidad de los proyectos minihidro con narrativas como que “el impacto de las centrales de pasada es menor porque el agua continua su recorrido natural por el río”, “la energía hidráulica es considerada una energía limpia, porque no emite GEI ni emisiones atmosféricas” (Unidad de Educación Energética 2019).

e) con la CONAF, para i) implementar, mantener y operar bases de datos sistematizadas, procesadas y actualizadas respecto a los permisos sectoriales en trámite en la CONAF en materia energética (centrales generadoras de energía, líneas de transmisión eléctrica y sus subestaciones); ii) generar un canal de información expedito respecto a la tramitación de permisos sectoriales otorgados por la CONAF, en la revisión de antecedentes requeridos para el otorgamiento de los mismos, y realizar un seguimiento de la tramitación sectorial de los proyectos energéticos para permitir la corrección inmediata de los mismos, y en lo posible, anticipar el que no se cometan errores en la presentación de solicitudes; iii) levantamiento y obtención de información estratégica y específica sobre recursos dendroenergéticos, específicamente, planes de manejo de bosque nativo y plantaciones forestales existentes desde la VI región de O'Higgins hasta la XI región de Aysén (CONAF, Carta Oficial N° 230/2020; Decreto Exento N° 395/2017).

A nivel intrasectorial, se firmó un convenio de transferencia de recursos entre la Subsecretaría de Energía y la SEC con el objetivo de implementar una plataforma para monitorear el proceso de conexión de los PMGD²⁰⁹ y de la Ley N° 20.571. La plataforma se convertiría en una herramienta que facilitaba la interacción entre la SEC, las empresas distribuidoras y sus clientes, mejorando y estandarizando el flujo de información entre los distintos actores, e introducía el nuevo trámite TE5: "Declaración de puesta en servicio de un PMGD". Treinta y tres nuevos PMGD se habían materializado desde la entrada en vigor del D.S. N° 244 en 2005 hasta el año 2014, seis en la región de la Araucanía, y con esta nueva plataforma se pretendía facilitar que el número de nuevas PMGD en base a pequeña hidráulica siguiera creciendo de forma más rápida (SEC 2015).

Además, el Ministerio de Energía también desarrolló mesas de trabajo intersectorial con otros servicios de la Administración:

²⁰⁹ Un PMGD es un medio de generación de energía eléctrica cuyos excedentes de potencia son menores o iguales a 9 MW (9.000 kW), conectados a redes de media tensión de una empresa concesionaria de distribución, o a instalaciones de una empresa que posea líneas de distribución de energía eléctrica que utilicen bienes nacionales de uso público. Ver D.S. N° 244 de 2005, Reglamento para Medios de Generación no Convencionales y Pequeños Medios de Generación.

a) Con el Consejo/Ministerio de Bienes Nacionales se acordó calificar a ciertos inmuebles fiscales como “áreas de reserva” en atención a su especial potencial energético²¹⁰ y se puso propiedad fiscal a disposición mediante la oferta en licitación de inmuebles para proyectos de ERNC; se disminuyeron los plazos de entrega y se agilizaron los procedimientos administrativos para la obtención de las concesiones de uso oneroso (CUO) de tierras fiscales para el desarrollo de nuevos proyectos de energía (Núñez 2018). Mediante este trámite acelerado se gestionaron y agilizaron centenares de solicitudes de asignación de inmuebles fiscales para el desarrollo de proyectos de generación y/o transmisión de ERNC, ya fueran propiedades fiscales bajo la modalidad de venta o arriendo o bien servidumbres destinadas a líneas de transmisión (Subsecretaría de Bienes Nacionales 2017). De esta manera, se pretendía poner solución al excesivo tiempo de tramitación de la concesión, que superaba en mucho el plazo definido en la normativa (Comisión Nacional de Productividad 2019; Pacheco-Matte 2018b, Núñez 2018, Pérez 2020). Además, los proyectos ya asignados en propiedad fiscal eran fiscalizados para monitorear que estos fueran realmente ejecutados (Subsecretaría de Bienes Nacionales 2017). Por último, para estimular a los inversores, se amplió el periodo de vigencia de las CUO sobre inmuebles fiscales para el desarrollo de proyectos de ERNC de 30 a 35 años y se extendió el plazo de construcción en las CUO de 4 a 10 años contados desde la finalización del periodo de estudio²¹¹. De esta manera, terminaron entregándose miles de ha para CUO y servidumbres asociadas a proyectos de energía (Subsecretaría de Bienes Nacionales 2015). Una vez más, los discursos para promover estos procedimientos fueron la necesidad de tejer alianzas estratégicas entre los actores competentes para contribuir a través de la disponibilidad y oferta de suelo fiscal a la generación de una matriz energética competitiva, limpia y sustentable y al aprovechamiento armónico del territorio (Subsecretaría de Bienes Nacionales 2019).

b) con el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) para hacer más expeditas las tramitaciones de los permisos sectoriales de proyectos hidroeléctricos para la obtención del Informe de

²¹⁰ En el contexto del trabajo conjunto entre los Ministerios de Bienes Nacionales y de Energía se reservaron ciertos inmuebles fiscales con especial potencial energético, a los que se ha denominado conjuntamente "áreas de reserva", con el objeto de convocar a licitaciones públicas para el desarrollo de proyectos de ERNC. Ver Orden Ministerial N° 1, Ministerio Bienes Nacionales: Imparte criterios de general aplicación en materia para concesiones de uso oneroso de inmuebles fiscales para el desarrollo de proyectos de ERNC (11 mayo 2017).

²¹¹ Ibidem.

Factibilidad para Construcciones Ajenas a la Agricultura en Área Rural (IFC). El IFC es un elemento de gestión del ordenamiento territorial y un PAS que permite construcciones ajenas a la actividad agrícola en predios rústicos rurales en conformidad con las disposiciones del art. 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siempre y cuando no produzcan actividades incompatibles o nocivas para la agricultura de una zona determinada ni generen núcleos urbanos fuera de los límites de la planificación urbana (SAG 2020; Centro Nacional para la Innovación y Fomento de las Energías Sustentables - CIFES 2015). Se trata de un permiso importante ya que como prácticamente todos los proyectos energéticos se desarrollan total o parcialmente en suelo rural van entonces a requerir de un IFC. La tramitación para la obtención de un IFC es particularmente compleja, pues se asocia a dos actividades (obras de urbanización y subdivisión y obras de construcción) y distintos objetos de protección, requiere la participación de varias entidades e incluye procedimientos diferenciados (Comisión Nacional de Productividad 2019). Así, se logró que las tramitaciones de IFC relativas a proyectos de energía no quedaran sujetas a las pautas y recomendaciones del ministerio de agricultura aplicables en esta materia (Contraloría General de la República, Dictamen N° 16.916/ 2017).

c) con el SEA, para capacitar a grupos de trabajo y evaluadores especializados que apoyasen las evaluaciones de proyectos que se realicen en regiones en las tipologías de generación hidráulica de energía. Desde el Ministerio de Energía se fomentaba que los evaluadores del SEIA dejaran de exigir ingeniería de detalle a los proponentes antes de emitir la RCA para no obstaculizar el desarrollo hidroeléctrico (Pérez 2020; SEA 2015).

5.4.2.3. Apoyo técnico y financiero a los proyectos minihidro.

En tercer lugar, se buscó asesorar y apoyar los planes de inversión de empresas del sector minihidro. Por un lado, en 2015, mediante un contrato entre la CORFO y KfW, se puso a disposición de los inversores un crédito ERNC con la finalidad de financiar un mayor número de proyectos y de darle mayor continuidad en el tiempo a la posibilidad de tener acceso a crédito. En concreto, este instrumento utiliza una línea de crédito de 35 millones de Euros proveniente del banco alemán KfW con una contrapartida de 20% adicional por parte de la CORFO para fondar las operaciones que se realicen y está disponible tanto para proyectos de generación con ERNC integrados al mercado eléctrico, como para proyectos ERNC orientados al autoconsumo; por otro lado, se dota al Centro

Nacional para la Innovación y Fomento de las Energías Sustentables (CIFES) de un mayor presupuesto para ofrecer mayor y mejor asistencia técnica y financiera que facilite las inversiones del sector financiero en iniciativas de ERNC e impulse el desarrollo de energías renovables de pequeña y mediana escala (CORFO 2016; UGP 2015).

5.4.2.4. Mejora de la conectividad de los proyectos minihidro.

En cuarto lugar, para confrontar los problemas de conectividad de muchos proyectos hidroeléctricos, se aprobó la nueva Ley de Transmisiones para que fuera el Estado el encargado de planificar las futuras líneas de manera que se acoplen a las necesidades energéticas del país (Pérez 2020). En concreto, la nueva ley establece que la transmisión zonal fuera centralmente planificada y que también fuera el Gobierno quien realice los estudios de franjas y determine por donde van a pasar las líneas de más alto impacto (Pérez-Odeh 2017). Sin embargo, los problemas de conectividad han persistido en el tiempo y, en ocasiones, como en los casos de las CH Florín II y Florín III, han supuesto un obstáculo insuperable para muchos proyectos de forma que los desarrolladores han tenido que desistir de sus proyectos a pesar de disponer de todos los permisos sectoriales (Pérez 2020).

5.5. Resultados del Plan 100 Minihidros.

El resultado de todo este paquete de medidas fue que se pudo desarrollar aceleradamente la construcción y puesta en operación de PCHS en Chile en el periodo 2014-2018, si bien no llegó a completarse la ambiciosa meta de 100 nuevas minihidros.



Ilustración 27. Minihidros que entran en operación a marzo de 2019 (Unidad de Acompañamiento de Proyectos, Ministerio Energía, 2019)

Como puede apreciarse en la Gráfica XII, si bien el Plan 100 Minihidros solo pudo satisfacer dos terceras partes de la meta fijada, el crecimiento acelerado de PCHS, que fue finalmente ejecutado en el breve periodo de cuatro años, supuso duplicar el número de PCHS existentes en Chile hasta entonces e incrementar la capacidad instalada en base a minihidros en 250 MW, casi la mitad de los 521 MW totales en el año 2020. Además, en el periodo 2014-2017 otras 53 minihidros consiguieron su licencia ambiental para iniciar su construcción cuando los titulares del proyecto lo dispongan. A finales del 2018, la minihidráulica generaba electricidad por valores superiores a los 400.000 MW/h, posicionándose como la segunda fuente de ERNC en términos de electricidad generada y contribuyendo de forma decisiva a acercarse a la meta fijada por la Ley 20/25 (el 20% de la electricidad generada deberá proceder de ERNC en el año 2025).

Este crecimiento de las PCHS y de las ERNC en general ha sido catalogado por algunos como un ejemplo global de transición energética (Moniz 2018). Pero esta “ejemplaridad” de Chile tiene también su lado oscuro. A pesar de los discursos de promoción de estándares de sustentabilidad de la Política Energía 2050, el crecimiento acelerado de las PCHS no solo ha incrementado la capacidad instalada sino que también

ha conllevado una mayor conflictividad socioambiental y una mayor amenaza para los derechos de los pueblos indígenas de Chile.

6. Reflexiones finales.

En la última década Chile ha experimentado un importante crecimiento del sector minihidro que ha duplicado su capacidad instalada. Esta expansión de la pequeña hidroelectricidad fue posible gracias al Plan 100 Minihidros (2014-2018) que respondió a los planes del gobierno de hacer un uso preferente y urgente del potencial hidroeléctrico de Chile mediante PCHS y se construyó sobre un andamiaje institucional que favorece la pequeña hidroelectricidad y unas narrativas de sustentabilidad sostenidas desde el Ministerio de Energía que instauran un imperativo extractivista de las energías renovables.

En primer lugar, la institucionalidad hídrica, fundamentada en la propiedad sobre DAA, promueve la privatización y mercantilización del agua y reproduce en gran medida una noción parcializada del recurso hídrico como recurso productivo, limitando los usos específicos hacia donde debe fluir el agua y entregando DAA a los usos de “mayor valor” en beneficio de sectores productivos con una elevada capacidad económica y en desmedro de las funciones ecosistémicas de los ríos y la subsistencia, cosmovisión y cultura de los pueblos indígenas (Yáñez 2014, Larraín y Poo 2010; Mansilla 2021). La generación de hidroelectricidad ha sido una de las actividades productivas intensivas que se ha visto privilegiadas por el régimen de aguas chileno (Mundaca 2020). Además, la demanda hídrica por parte de los sectores productivos en un contexto de menor disponibilidad hídrica debido a las sequías y los efectos del cambio climático y la aplicación uniforme de un marco regulatorio común de gestión del agua en todo el territorio (Rivera et al. 2016) han sido fuente de muchos conflictos por el agua con las comunidades locales. Muchos conflictos por el agua están protagonizados entre usuarios y la DGA por la oposición a la concesión de nuevos DAA y la definición de la disponibilidad hídrica, la regularización de DAA consuetudinarios y las apelaciones a las patentes por no uso, especialmente en cuanto a la definición de las infraestructuras de extracción hídrica (Rivera et al. 2016; Observatorio Ciudadano 2013; Rivera 2017a; Donoso 2018). Sin embargo, otra tipología importante de conflictos entre diferentes usos y valores del agua son los conflictos generados por la proliferación de minihidros en las cuencas hidrográficas del sur de Chile a lo largo de la última década, que ha venido afectando a diferentes usuarios de aguas superficiales y, muy particularmente, a comunidades

mapuche (Castro et al. 2016; Kelly-Richards 2018; Hernando-Arrese 2017; Tohá 2017; INDH 2013b; Enlace Mapuche Internacional et al. 2015; Cultural Survival 2019). No es de extrañar la coincidencia entre los requerimientos hídricos del sector hidroeléctrico y los conflictos por el agua en la macro zona sur del país ya que la enorme presión que las empresas hidroeléctricas generan sobre los ecosistemas y comunidades locales provocan la vulneración de sus derechos humanos y de su derecho al desarrollo propio (Larraín y Poo 2010; Bauer 2015a; Castro et al. 2016; INDH 2013b, 2016; Cultural Survival 2019; Enlace Mapuche Internacional et al. 2015; Global Initiative for Economic Social and Cultural Rights y Red de Nuevo Pacto Social 2020).

El crecimiento del sector hidroeléctrico ha sido en buena parte posible gracias a las preferencias de la institucionalidad hídrica por este tipo de industria: i) la configuración de una concepción particular del derecho de propiedad en la legislación de aguas y eléctrica, especialmente en lo relativo a los DAANC destinados a la actividad hidroeléctrica, ii) la posición privilegiada de la hidroelectricidad en un sistema de derechos de agua débilmente regulado (Bauer 2015a, 2015b; Bauer 2016; Larraín 2014; Prieto y Bauer 2012; Lovera 2017; Tecklin et al. 2011), tanto en lo concerniente a la constitución de nuevos DAA como en la reasignación de los DAA en el mercado de aguas o los remates públicos de la DGA, y iii) una regulación más robusta de los ríos con represas hidroeléctricas a fin y efecto de satisfacer los objetivos de la generación eléctrica y superponer la legislación eléctrica al modelo *laissez faire* de la legislación hídrica (Bauer 2015a; Bauer 2015b), de manera que la gobernanza de los ríos con proyectos hidroeléctricos no es tan débil como parece desde la perspectiva de los derechos de aguas (Bauer 2016).

De esta manera, el marco institucional del nexo agua-energía ha promovido la adjudicación del curso de los ríos para ciertos usos extractivos del agua, muy especialmente, para potenciar la generación hidroeléctrica y ha favorecido la apropiación, comercialización y transnacionalización de DAANC en beneficio de unos pocos poderosos grupos empresariales del sector eléctrico que se han enriquecido a costa del bien común de todos en perjuicio del acceso al recurso hídrico de la mayoría de la población (Larraín y Poo 2010; Castro et al. 2016; Prieto y Bauer 2012; Mundaca 2020)²¹². Esta apropiación del

²¹² Los pueblos indígenas en particular tienen un acceso marginal a los DAA, que en su gran mayoría tienen carácter de consuntivo y son utilizados para satisfacer sus necesidades básicas y agrícolas.

curso de los ríos por parte de las compañías eléctricas se refleja en el hecho de que la asignación de caudales para DAANC permanentes, cuya destinación mayormente es la generación hidroeléctrica, se ha multiplicado por 50.000 entre 2001-2017 (Donoso 2018). Con estos DAANC los desarrolladores de energía hidroeléctrica han protagonizado en el último decenio un destacado avance de la frontera extractiva de las minicentrales de pasada hacia la cordillera y precordillera andina.

La apropiación y colonización de los cursos fluviales por parte de compañías eléctricas confirma la teoría de Boelens de que el agua de los ríos no fluye en dirección al mar sino en dirección al poder (Boelens et al. 2011) constituyéndose auténticas hidrocracias (Yacoub et al. 2015) o “señores del agua” (Mundaca 2013), por lo que el modelo de aguas chileno se convierte en injusto y éticamente inhumano, supone la pérdida del control público sobre las aguas y genera la proliferación y profundización de conflictos por el agua entre compañías eléctricas y sectores vulnerables de la población como los pueblos indígenas, operadores turísticos y grupos conservacionistas que se ven despojados del vital elemento en sus territorios (Larraín y Poo 2010; Larraín 2014; Mundaca 2020; Yáñez 2014). Tal y como denunció el Relator Especial Leo Heller, la institucionalidad chilena continua priorizando la producción de hidroelectricidad por sobre el derecho al agua y la salud de su pueblo (Heller 2020)²¹³.

Además, al no contar el CA con adecuadas regulaciones de protección ambiental, la proliferación de proyectos hidroeléctricos ha supuesto una amenaza para la integridad de las cuencas hidrográficas (Larraín y Poo 2010; Observatorio Ciudadano 2013) y en muchas ocasiones los pueblos indígenas han tenido que proteger sus cuencas invocando ante los tribunales la protección de su derecho a la consulta previa, al medio ambiente²¹⁴ y la cultura propia²¹⁵ recogidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ya que el derecho humano al agua no está explícitamente reconocido en el ordenamiento interno (Yáñez 2014)²¹⁶.

²¹³ Con anterioridad, el INDH ya había advertido que la institucionalidad chilena no garantizaba el acceso al agua de su población debido a que el acceso al recurso hídrico se encontraba librado al arbitrio del mercado y con escasa regulación (INDH 2013d).

²¹⁴ Caso CH Doña Alicia.

²¹⁵ Casos CH Añihuerraquí, Pilmaiken, El Rincón.

²¹⁶ Si bien no existe una mención explícita y directa al derecho humano al agua en el ordenamiento interno chileno, sí hay una serie de disposiciones que pueden encasillarse en su espectro de protección, como las provisiones constitucionales que establecen que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (art. 1 CP) o la limitación de la soberanía del Estado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por lo que es deber del Estado y sus órganos

En segundo lugar, la institucionalidad eléctrica otorga exclusivamente a la hidroelectricidad la posibilidad de solicitar concesiones eléctricas y constituir servidumbres legales que permiten que las CH puedan instalarse libremente cuándo y dónde el sector privado lo desee, lo que otorga al rubro hidroeléctrico una ventaja comparativa respecto a las demás fuentes de generación. Estas concesiones eléctricas se otorgan por el SEC de manera inconsulta con las comunidades indígenas afectadas y contraviniendo el derecho internacional.

Además, la institucionalidad eléctrica ha sido objeto de sucesivas reformas para promover las ERNC, fomentar la entrada de nuevos actores en el mercado eléctrico e incorporar el imperativo extractivista de las energías renovables en la legislación eléctrica.

La Ley Corta I (2004) fomenta la rentabilidad de los proyectos minihidro al i) permitir que las centrales con capacidad instalada inferior a 9 MW puedan conectarse gratuitamente a las líneas de transmisión troncal y que las centrales con una capacidad instalada inferior a 20 MW obtengan reducciones en las tarifas de conexión, de forma que se traspasa el costo a las otras generadoras siempre que no se supere el 5% del valor de los peajes totales; y II) introducir la obligación de que el sistema en su conjunto compre su producción a precios de mercado instantáneo o “spot”, lo que hace que estas generadoras tengan mayor poder de negociación en sus contratos a más largo plazo.

La Ley Corta II (2005) faculta a las generadoras para definir autónomamente los precios de sus ofertas de suministro eléctrico en las licitaciones, establece unos contratos de 15 años de duración con las distribuidoras para reducir los riesgos asumidos por las generadoras y reserva un 5% de la demanda licitada por las distribuidoras para clientes regulados a las ERNC.

La ley Corta III (2008) introduce la meta que el 10% de la generación eléctrica para el año 2024 se alcance en base a ERNC. Esta meta de generación de ERNC sería incrementada posteriormente por la Ley N° 20.698 (2013) hasta un 20% de la matriz

respetarlos y promoverlos, ya sea que estén garantizados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes (art. 5, inc. 2 CP); y las provisiones del CA que incluyen la posibilidad de expropiar DAA para satisfacer menesteres domésticos de la población cuando no existan otros medios para obtener agua (art. 27, CA); el derecho a cavar, en suelo propio, pozos para bebida y uso doméstico (art. 56, inciso 1°, CA); el caudal ecológico mínimo (art. 129 bis 1, CA); la reserva de caudales para el abastecimiento de la población (art. 147 bis, inciso 3°, CA) y la privación de agua como sanción a los usuarios infractores de medidas de reparto fijadas por las organizaciones de usuarios (art. 281, CA) (Rivera 2017b). Los Tribunales de Justicia, tímidamente aún, han comenzado a invocar y a exigir el respeto de este derecho en algunos conflictos asociados al suministro de agua potable.

eléctrica para el año 2025. Este sistema de cuotas de generación de ERNC favorece el desarrollo de las tecnologías más maduras como las minihidráulicas (Dufey et al 2010).

La Ley de licitaciones (2016) adopta una serie estímulos de mercado para promover las ERNC, la diversificación de la matriz eléctrica y la introducción de nuevas generadoras: amplía a 5 años el plazo de antelación de las licitaciones a la fecha de inicio del suministro; amplía a 20 años los contratos para hacer más atractivo el financiamiento de los proyectos; incorpora licitaciones de corto plazo bajo un régimen flexible; establece que la CNE fije un precio máximo reservado que permanece oculto hasta la apertura de las respectivas ofertas; introduce la facultad de posponer el inicio del suministro por un lapso no mayor a los dos años o de poner término anticipado al contrato siempre que el imprevisto no sea imputable al adjudicatario y la decisión no sea adoptada con posterioridad a los tres años desde la suscripción del contrato; incorpora la posibilidad de revisar los precios en los contratos de suministro para hacer frente a eventuales cambios regulatorios sustanciales y no transitorios y de realizar licitaciones dirigidas a determinados tipos de oferentes por medio de introducir bloques horarios o estacionales (Rudnick y Romero 2018).

En tercer lugar, la institucionalidad ambiental ha facilitado la obtención de los PAS que requieren las generadoras para ejecutar sus proyectos hidroeléctricos y ha promovido la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas mediante una política del conocimiento que en muchas ocasiones invisibiliza la naturaleza y alcance de los impactos de las minihidros en el marco de la evaluación ambiental de los proyectos.

En lo que concierne a la obligación de ingresar en el SEIA, la legislación ambiental regula los proyectos hidroeléctricos a partir de su capacidad de generación por considerar equivocadamente que la categoría “MW generados” es la que mejor define los impactos ambientales provocados por la actividad hidroeléctrica²¹⁷ (Kelly-Richards 2019). Este paradigma de la legislación ambiental conduce a que el 50,9% de los proyectos minihidros no ingresen al SEIA por tener una capacidad instalada no superior a 3 MW y a que el 76,6% de los proyectos minihidros que sí ingresan al SEIA lo hagan mediante una DIA, evitando así la celebración de consultas previas con las comunidades indígenas potencialmente afectadas y posibilitando que diferentes impactos que

²¹⁷ Hay un cuerpo creciente de literatura que prueba que los impactos de los minihidros no se corresponden con los MW y que existirían muchas otras categorías a tomar en consideración y más relevantes.

ocasionan las minihidro en territorio mapuche no sean objeto de evaluación ambiental o de medidas de mitigación y reparación. Además, la no realización de consultas previas durante la etapa de diseño e ingreso de los proyectos al SEIA, faculta a los proponentes y sus consultoras a elaborar unos antecedentes de mínimos y con omisiones en sus instrumentos de ingreso para aumentar la rentabilidad de sus proyectos y ocultar la susceptibilidad de afectación directa a comunidades mapuche.

En lo concerniente a la etapa de evaluación de los proyectos, se constata que:

i) únicamente el 9,2% de los proyectos minihidro ingresados al SEIA han celebrado reuniones entre el Director Regional o Ejecutivo del SEA y GHPPI en base al art. 86 RSEIA y de este segmento se ha puesto término anticipado al 40% de los proyectos, pero solo el 6,6% de los mismos han sido seguidos por un proceso de consulta previa, lo que prueba que no constituyen un mecanismo efectivo para dar visibilidad y una atención adecuada a los impactos de las minihidros según el conocimiento indígena.

ii) el RSEIA restringe ilegítimamente el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas al establecer múltiples exigencias a los presupuestos que dan lugar a la procedencia de la consulta indígena (certeza de impactos directos, significativos y exclusivos) que no están en conformidad con el estándar fijado por el art. 6 del Convenio 169 de la OIT. Por un lado, el RSEIA homologa la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 para la procedencia de la consulta indígena con la generación de algunos de los impactos ambientales significativos recogidos en el art. 11 de la LBGMA y ampara que algunos proyectos y actividades puedan ser aprobados de manera inconsulta a pesar de ocasionar susceptibilidad de afectación directa. Por otro lado, el requisito de exclusividad de la afectación ha sido interpretado de manera estrecha por la autoridad ambiental debido a un reconocimiento del territorio indígena desde una aproximación civilista que solo reconoce a las comunidades indígenas legalmente establecidas y a una inferiorización de las ontologías indígenas. Por consiguiente, únicamente un 2,7% de los proyectos minihidro han realizado consultas indígenas²¹⁸. Y aún en los casos en que sí se realiza

²¹⁸ Además, la reglamentación de la consulta previa en el Estado chileno vulnera el estándar del Convenio 169 de la OIT al no reconocer el ejercicio del derecho a la consulta previa en relación a ciertas medidas administrativas que son requeridas por las generadoras hidroeléctricas para poder ejecutar sus proyectos en territorios indígenas como son las concesiones eléctricas y los permisos o autorizaciones sectoriales de la DGA. Por un lado, el SEA considera que son medidas que están fuera de su competencia al no ingresar al SEIA y que no deben ser objeto de la consulta previa particular

la consulta previa, ésta se inicia con mucho retraso respecto al ingreso del proyecto en el SEIA, de forma que la localización y el diseño de la CH ya han sido definidos previamente por el proponente y lo único que puede discutirse en el proceso consultivo son las medidas de mitigación, compensación y reparación. Además, la incapacidad del SEA para incorporar el conocimiento y la cosmovisión indígena en los procesos de evaluación ambiental y reconocer lugares de significación cultural y espiritual suponen otra barrera para la identificación de los impactos de las minihidros y la protección de los derechos indígenas.

iii) las personas naturales y jurídicas indígenas toman parte de los procesos de participación ciudadana en el marco del SEIA para realizar observaciones a los antecedentes de los proyectos presentados por las generadoras minihidro, pero la PAC no constituye un instrumento de diálogo intercultural apropiado por la brevedad temporal de los plazos y por no tener la finalidad de lograr el consentimiento de las personas indígenas. Aun así, el elevado número de ADENDAS que han tenido que entregar los desarrolladores minihidro es una prueba de las deficiencias y omisiones que contenían sus instrumentos de ingreso al SEIA.

En lo relativo a la etapa de calificación de los proyectos, se pone de manifiesto cómo el SEIA constituye un proyecto contencioso de naturaleza política donde las RCA de los proyectos minihidro se aprueban desde los referentes cognitivos de la ciencia occidental y desde la reproducción de un colonialismo ontológico y epistemológico que inferioriza el conocimiento indígena. E incluso cuando es menester, se subordinan los informes técnicos de los OAECA a las agendas políticas de los gobiernos de turno. Para los casos en que los procesos consultivos terminan en desacuerdos respecto a las medidas de mitigación o compensación, el RSEIA no incorpora disposiciones para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, no ofrece mecanismos para que los pueblos indígenas se opongan a esas medidas con anterioridad a la emisión de la RCA, y no contempla la participación en los beneficios ni la exigencia del consentimiento previo, libre e informado para los supuestos contemplados por el derecho internacional de los derechos humanos.

contemplada en el D.S. 40 para proyectos de inversión. Por el otro, el D.S. 66 exime de la consulta previa general a todas las medidas administrativas regladas.

En definitiva, el amplio margen de discrecionalidad del que goza la autoridad ambiental para evaluar y calificar los proyectos y la interpretación estrecha y formalista que realiza de las disposiciones del RSEIA respecto a la aplicabilidad y el alcance de la consulta previa, restringen ilegítimamente en muchas ocasiones el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, vulneran el principio de la buena fe, el principio *prohomine* y la doctrina del bloque de constitucionalidad, y suponen una amenaza para la protección de los derechos territoriales, culturales y de propiedad de los pueblos indígenas frente al avance de la frontera extractivista de la hidroelectricidad, además de trasladar la carga probatoria de los potenciales impactos a los pueblos indígenas afectados, que disponen de escasa información, medios y tiempo para confrontar las RCA de la COEVA y presentar los recursos administrativos y judiciales pertinentes para hacer exigibles sus derechos. De esta manera, si bien la institucionalidad ambiental fue diseñada para promover las inversiones y facilitar la aprobación de los proyectos por medio de restringir el número de consulta indígenas, limitar la participación ciudadana e inferiorizar el conocimiento indígena, los desarrolladores han visto en algunos casos amenazada la seguridad jurídica de sus proyectos minihidro como resultado de la protesta social y la judicialización de los conflictos²¹⁹.

Y es que a pesar de las ventajas que los diferentes marcos sectoriales otorgan a la pequeña hidroelectricidad, persistían algunas barreras que dificultaban el avance de los proyectos minihidro (lentitud de la tramitación de los diferentes permisos, financiación de los proyectos, líneas de transmisión y conflictos socioambientales que terminan con la judicialización de los proyectos). La cooperación intersectorial entre los diferentes servicios dentro del sector público y la estrecha colaboración con las generadoras y la banca privada en el marco del Plan 100 Minihidros permitieron superar buena parte de estos obstáculos, si bien “solo” se pudieron conseguir dos terceras partes de la meta fijada²²⁰ y no se logró un ordenamiento territorial y un desarrollo regional más armónico y sustentable que pudiera dar solución y satisfacer

²¹⁹ En contraposición a lo sostenido por el empresariado, representantes del Gobierno y la Administración del Estado sostienen que la judicialización de los conflictos no era una de las barreras más persistentes y menos aun cuando se trata de minicentrales hidroeléctricas (Pérez 2020; Pacheco-Matte 2018b). El director del SEIA informaba que las cifras de judicialización eran bajas: si el porcentaje de judicialización para el total de los proyectos ingresados al SEIA era del 2,08%, cuando se constriñe el análisis sólo a materia indígena el porcentaje de judicialización se reduce al 0,61%.

²²⁰ El MOP considera que la infraestructura hidráulica presente en la macrozona sur continúa siendo insuficiente para aprovechar la gran disponibilidad del recurso hídrico (MOP 2018).

a los diferentes intereses que conviven en el territorio, como el turismo, la cultura, la agricultura, la ciudad y la energía (Pacheco-Matte 2018a, 2018 b).

Este acusado crecimiento del sector minihidro en el marco de la Política Energía 2050 ha sido calificado por algunos como revolución energética y revolución verde (Pacheco-Matte 2018a; Pacheco-Matte 2018b) y como un ejemplo global de transición energética (Moniz 2018). Sin embargo, cuando evaluamos la política energética en términos de sustentabilidad, dado que el desafío principal era impulsar un crecimiento sustentable de la matriz energética, la PEN 2050 muestra luces y sombras. Si bien se logró impulsar fuertemente las ERNC (especialmente energía solar y eólica), duplicar la generación en base a minihidráulica y lograr una energía más competitiva al reducirse en un 40% el precio de la electricidad, todavía no se vislumbra el desacople del crecimiento económico respecto a la demanda energética pues la generación de electricidad presenta una constante evolución al alza mientras que la generación en base a combustibles fósiles se mantiene en los niveles del año 2014 y persisten algunas falencias en torno a la inclusividad y sostenibilidad del desarrollo energético que la PEN 2050 fue incapaz de subsanar. La planificación del crecimiento energético, como prueba la conflictividad suscitada por la ejecución del Plan 100 Minihidros, no fue inclusiva ni acorde a las características del territorio o con pertinencia cultural. En definitiva, las diferentes dimensiones de la narrativa de inclusividad de la PEN 2050 no se materializaron en la obra de Gobierno con el Plan 100 Minihidros.

En primer lugar, la PEN 2050 dice buscar integrar los intereses de los diferentes actores y escalas de ordenamiento territorial (local, regional, nacional). Sin embargo la decisión de expandir la hidroelectricidad en base a minihidráulicas es adoptada desde Santiago por la clase política y el *lobby* empresarial al margen de las comunidades y gobiernos municipales y supone la imposición de un modelo de desarrollo que colisiona con los intereses y prioridades de desarrollo ya implantados y operativos en los territorios y que amenaza la autonomía económica y cultural de las comunidades mapuche y la posibilidad de ejercer el *kisu gūnewūn* («mandarse solos»). Así lo expresa el *werkén* del *lof* Trankura que reclama que *“la posibilidad de ejercer autonomía, de ejercer autodeterminación, parte desde lo local, parte del lof, parte del territorio y la propia comunidad, de ahí nosotros debemos tener la capacidad de poder crear proyectos que nos permitan a nosotros ser autónomos, no solamente culturalmente, materialmente, económicamente y que nos permita a nosotros tener una proyección de vida, y esa*

proyección de vida va de la mano con la defensa, la protección y el cuidado del Itro fill mogen, de la naturaleza, de todo lo que nos rodea; no concebimos un desarrollo que venga de la mano con intervenir ríos, con traer monocultivos, que tengan que ver con poner represas, eso no es nuestro desarrollo, eso es desarrollo winka, no es desarrollo mapuche; nosotros hoy día queremos y exigimos un modelo de desarrollo que sea acorde a nuestros pensamientos, que sea acorde a nuestras raíces, que sea acorde a nuestra filosofía de vida” (Crisóstomo-Loncopán 2018b). La realidad prueba que es una quimera pretender compatibilizar los intereses de todos los actores cuando se promueven modelos de desarrollo tan antagónicos, especialmente cuando se ven concernidas comunidades indígenas. Al no ser posible construir una visión compartida del desarrollo del país, finalmente el Gobierno nacional supedita los intereses locales y el respeto por las dinámicas sociales y culturales presentes en los territorios en nombre de un crecimiento energético homologado al bien común de todos los chilenos, que debe ser prioritario y que termina convirtiendo muchas áreas del sur de Chile en zonas de sacrificio hidroeléctrico y generando una distribución inequitativa de los costos y beneficios asociados al desarrollo energético²²¹. Lo deja claro la PEN 2050 al fijar como meta al 2050 que el 100% de las oportunidades viables desde una perspectiva técnica, económica y financiera sobre uso de recursos locales y aprovechamiento de potenciales energéticos identificadas en las auditorías sean implementadas, y dejar relegados en un segundo plano los principios de inclusividad social y sostenibilidad ambiental.

En segundo lugar, la PEN 2050 dice perseguir un acceso universal y equitativo a servicios energéticos modernos, confiables y asequibles de manera que comporte una mejora de la calidad de vida de la población más vulnerable. Sin embargo, ninguna de las CH del Plan 100 Minihidros sirvió para llevar energía a comunidades indígenas (Ministerio de Energía 2020) sino para suministrar energía a diferentes emprendimientos e inyectarla en gran medida al SEN y la única participación en los beneficios que se ofrece a las comunidades tiene que ver con compensaciones económicas por los daños sufridos durante la vida útil de los proyectos cuya cuantía es insignificante en comparación a las ganancias obtenidas por los desarrolladores. Si bien Chile y La Araucanía presentan una

²²¹ El propio ministro reconoce que la ausencia en Chile de una estrategia de gestión y ordenamiento territorial coordinada entre los diferentes niveles de administración (nacional, regional, local) y que establezca jerarquías entre los instrumentos de planificación fue uno de los obstáculos que la PEN 2050 no pudo superar. Sin embargo, insiste en la idea que es preciso encontrar una solución para la convivencia del turismo, la cultura, la agricultura, la ciudad y la energía para asegurar un desarrollo armónico y sustentable (Pacheco-Matte 2018b).

elevada cobertura eléctrica (99,8% y 99% de la población respectivamente), las comunidades indígenas siguen siendo las principales afectadas por la falta de accesibilidad y continuidad del suministro eléctrico en la región y el Plan 100 Minihidros no contribuyó a revertir esta situación, en gran medida, por la falta de conectividad en las zonas aisladas donde habita la población indígena.

En tercer lugar, la PEN 2050 reconoce la participación y el desarrollo inclusivo como un instrumento clave para la gestión y resolución de los conflictos y para la integración armónica de los proyectos de energía en las localidades que los acogen. Sin embargo, el 88,57% de las minicentrales que se proyectaron en la región de La Araucanía lo hicieron de forma inconsulta y además, en las minicentrales que sí quedaron sujetas a consultas predomina una comprensión de la consulta como obligación de medio (participación y diálogo intercultural) y no como obligación de resultado (protección de derechos indígenas) (Carmona 2020a, 2020b), por lo que las comunidades indígenas se ven privadas de la posibilidad de incidir en la toma de decisiones concernientes a los proyectos hidroeléctricos. La PEN 2050 dice promover un diálogo sin reservas en búsqueda de la validación social de las políticas públicas. Sin embargo, el Plan 100 Minihidros se adopta y se ejecuta sin ningún tipo de consulta previa con las comunidades indígenas y con anterioridad a la elaboración del Capítulo Indígena de la PEN 2050. Incluso, la propia PEN 2050 fue definida y anunciada un año y medio antes de concluirse el Capítulo Indígena, por lo que en un primer momento no incorporaba la mirada indígena respecto al desarrollo energético, lo que fue reconocido por el propio Ministerio como una falencia en su acercamiento al mundo indígena (Ministerio de Energía 2017a). Además, desde las unidades del Ministerio de Energía se pensó no en fortalecer sino en flexibilizar aún más los marcos regulatorios de los mecanismos de participación para facilitar la expansión hidroeléctrica (subir el umbral de 3 MW y de 2 m³/s para ingresar al SEIA).

En cuarto lugar, la PEN 2050 promueve un colonialismo ontológico y de saberes al considerar que la resistencia y oposición de las comunidades a la implantación de infraestructura hidráulica en sus localidades se debe a su ignorancia y desconocimiento en materia de tecnologías energéticas, por lo que sería preciso “capacitar” a la población para superar estas brechas de conocimiento, hacer entender las ventajas de las tecnologías propuestas, lograr una mayor aceptabilidad de los proyectos, incorporar a los pueblos

indígenas como agentes de desarrollo hidroeléctrico y avanzar en la implementación de los objetivos estratégicos definidos por la política energética. Desde este paradigma, el Gobierno filtra cuál es el conocimiento pertinente que debe ser considerado y la PEN 2050 desconSIDera las ontologías indígenas en relación a los ríos y el agua y las experiencias previas de las comunidades ante la implantación de proyectos hidroeléctricos en sus territorios. En cambio, la PEN 2050 defiende la ciencia occidental como saber hegemónico, y sus postulados como si fueran la nueva verdad revelada que debieran abrazar las comunidades indígenas. Pero no siempre es posible sustentar las decisiones políticas en base al conocimiento científico pues éste tiene sus limitaciones (Saltelli et al. 2016; van der Slujs 2017). Hoy día se desconoce cuál sería el alcance de los impactos de las minihidros en caso de que se produjera una expansión a gran escala y aún existen pocos estudios sobre los impactos que generarían las PCHS. A pesar de ello, las herramientas “educativas” elaboradas en el marco de la PEN 2050 utilizaron de forma sesgada el conocimiento científico vigente respecto a los impactos generados por las minihidros para promover la mini hidráulica como una energía limpia y respetuosa con el medio ambiente y omitieron los estudios que apuntan a que las minicentrales producirían mayores afectaciones por unidad de energía generada que las grandes represas y que también serían responsables de la emisión de GEI, lo cual es relevante porque vienen siendo incorporadas en las estrategias de mitigación frente al cambio climático (Kelly-Richards et al. 2017b).

En lo que concierne a la sostenibilidad ambiental, la PEN 2050 estableció como meta una reducción de un 30% en la intensidad de sus emisiones de GEI al año 2030, respecto al año 2007, y en caso de obtenerse financiamiento internacional, esta meta podría aumentar hasta un 45% de reducción de emisiones de CO₂ por unidad de PIB. De esta manera, la PEN 2050 propiciaba alcanzar estas metas y al mismo tiempo aumentar las emisiones totales (Electricidad 2019). Así lo acredita la última medición disponible de emisiones de GEI realizada en el año 2016. Las emisiones de GEI totales del país (excluyendo UTCUTS) fueron de 111.677,5 kt CO₂ eq, incrementándose en un 114,7 % desde 1990 y en un 7,1 % desde 2013. El principal GEI emitido fue el dióxido de carbono (78,7 %), seguido del metano (12,5 %), N₂O (6,0 %), y los gases fluorados (2,8 %) y el sector energía representa el 78,0 % de las emisiones totales (Martínez 2018). Tomando en cuenta los últimos estudios sobre la contribución de las CH al calentamiento global, no puede hablarse en este sentido de hidroelectricidad sustentable. Los tomadores de

decisiones deberían considerar los GEI que emiten las represas (78% metano, 17% dióxido de carbono y 4% óxido de nitrógeno en un periodo de 100 años, si bien el metano supone el 90% del total para un espacio de 20 años) y tener en cuenta que el metano que emiten las represas al descomponerse la materia orgánica cubierta por las aguas permanece en la atmósfera alrededor de una década (contra varios siglos del CO₂), pero en cambio, es 34 veces más potente, de forma que en un período de 20 años aporta casi el triple al calentamiento global que el dióxido de carbono (Deemer et al. 2016). En lo que respecta a las minicentrales, que están siendo promovidas como estrategia de mitigación al cambio climático por parte de la PEN 2050 y los MDL de Naciones Unidas, pueden provocar 10 veces más impactos por unidad de energía generada que las grandes represas en la hidrología y funciones ecosistémicas de las cuencas (Timpe y Kaplan 2016), generan pérdida de hábitat y biodiversidad y unos impactos acumulativos que pueden llegar a ser 100 veces mayores que las grandes represas (Oregon State University 2013; Kebler y Tullos 2013) e incrementan la vulnerabilidad de las comunidades y de los ecosistemas a los efectos del calentamiento global (Kelly-Richards et al. 2017a, 2017b).

En definitiva, a pesar de que la PEN 2050 está imbuida de una narrativa de sustentabilidad, la ejecución del Plan 100 minihidros y el desarrollo hidroeléctrico prueban cómo las diferentes dimensiones de la sustentabilidad son implementadas de forma muy desigual, priorizando la seguridad, confiabilidad, diversificación y flexibilidad de la matriz energética a expensas de la inclusividad social y sostenibilidad ambiental, certificándose el parecer de Martínez Alier de que hablar de desarrollo sostenible y crecimiento verde es un oxímoron (Martínez-Alier 2015; Hickel y Kallis 2020).

La proliferación de conflictos etnoambientales en la macrozona sur de Chile en respuesta a la expansión de las minicentrales hidroeléctricas de pasada (Ministerio de Energía 2017b; Vivendio Iberoamerica y LPT-UCT 2017a, 2017b; CCTP 2011; INDH 2021; Universidad de Los Lagos 2014; EJOLT 2020), muchos de ellos motivados por la susceptibilidad de afectación a lugares de significación cultural y espiritual para el pueblo mapuche, han hecho evidentes los significativos déficits institucionales y del rubro hidroeléctrico a la hora de garantizar la sustentabilidad democrática y ambiental de estos proyectos (Ministerio de Energía 2017b)²²². Frente al imperativo extractivista y el imperativo de

²²² En la región de La Araucanía, por ejemplo, la mayoría de conflictos socioambientales han estado motivados por la expansión hidroeléctrica (Vivendio Iberoamerica y LPT-UCT 2017a, 2017b). La proliferación de conflictos socioambientales en los últimos años ha sido de tal magnitud que en la actualidad

las renovables que impone el Gobierno con la PEN 2050 y el Plan 100 Minihidros, surge un imperativo ético (Mundaca 2020) y un imperativo cultural (Inaipil 2021)²²³ en las comunidades para luchar por la defensa de los ríos y la resistencia frente al despojo hídrico, la fragmentación territorial y el extractivismo cognitivo y epistemológico (Grosfoguel 2016; Grosfoguel 2019) que comporta la llegada de los proyectos hidroeléctricos en los territorios. Especialmente para las comunidades mapuche, la proyección de las minicentrales en sus hábitats ancestrales supone una clara amenaza para las bases ideológicas y materiales en las que sustentan su forma de vida y una vulneración de sus DF, religiosos, económicos y culturales (Antona 2011). Para confrontar el extractivismo hidroeléctrico, las comunidades mapuche se han apropiado del discurso hegemónico y vernáculo de los derechos humanos para reformular y resignificar sus diferentes categorías desde las ontologías y cosmovisiones propias y construir una mirada pluriversal de los derechos humanos que incorpore los diferentes parámetros de sus reivindicaciones y que pueda contribuir al éxito de sus movilizaciones jurídicas frente al Estado (Antona 2014).

En conclusión, como bien expone la profesora Cepeda, los conflictos etnoambientales ocasionados por la proliferación de minicentrales hidroeléctricas en la región de La Araucanía presentan una doble dimensión: en primer lugar, estos conflictos se manifiestan como disputas cosmovisionales y ontológicas con respecto a los significados del agua, la naturaleza y la sustentabilidad (Cepeda 2021)²²⁴.

Por un lado, la ontología moderna occidental, cuyos actores son el Estado y las empresas, parte de una mirada dicotómica entre cultura y naturaleza en el que la naturaleza es comprendida desde una mirada economicista y funcional al hombre (Antona 2011) y mediante el Plan 100 Minihidros y la política energética 2050 impone la colonización y dominación de la naturaleza y los ríos con la finalidad de incrementar la generación eléctrica en nombre de un desarrollo sustentable fundamentado en fuentes de ERNC. De esta manera, esta ontología moderna únicamente considera el agua como bien de consumo o combustible energético,

Chile ocupa el 14º lugar entre los países del mundo con más conflictos (EJOLT 2020) y si se considera la categoría número de conflictos por habitante, Chile ocuparía el 5º lugar entre los países del mundo con más conflictos (González 2017a).

²²³ Inaipil expesa este imperativo cultural en los siguientes términos: “*en la defensa del agua existe algún vestigio cierto de nuestra memoria genética que nos obliga, nos promueve de una forma casi inconsciente, involuntaria a proteger el río y a proteger el agua y entendiendo de que el agua efectivamente es vida, ahí tiene esta visión más holística sobre el elemento, no es solamente este elemento, sino que es este elemento, este flujo de vida que pasa por diferentes territorios y que sustenta también la vida, sustenta la vida de todos los otros elementos que hay en el ecosistema también, así que los impactos bueno son variados, desde los tangibles cierto y los intangibles también, pero donde hay crisis también hay oportunidad*” (Inaipil 2021).

²²⁴ Otros autores hablan de lucha de racionalidades (Salas-Astraín 2019) o pugna de saberes (Dávalos 2013) para referirse a la resistencia que surge desde los territorios de la diferencia ante la imposición de un conocimiento hegemónico occidental con pretensiones de validez universal.

cierra la posibilidad de que el agua y los ríos puedan tener otros significados, desconsiderando los saberes y conocimientos presentes en los territorios, y solo contempla la realidad que puede ser comprobada mediante el método científico, por lo que su comprensión del río se limita a que constituye una cuenca hidrográfica y obstaculiza el reconocimiento de los usos culturales del agua y las afectaciones de carácter intangible.

Por otro lado, unas ontologías relacionales presentes en los territorios que incluyen a comunidades mapuche y en ocasiones también a organizaciones ambientalistas y promotores turísticos, que entienden que la naturaleza y los ríos son incommensurables (Faundes 2020, Kelly-Richards 2018) y no pueden ser atrapados ni dominados. Muy particularmente en la cosmovisión mapuche, se representa el significado del territorio desde el ser y el estar en la naturaleza, desde una conexión, desde el constituir un todo interconectado con la naturaleza, por lo que los saberes indígenas plantean la existencia de impactos intangibles de los proyectos hidroeléctricos en la espiritualidad y cultura mapuche que no son medibles científicamente (OIT 2016). Estas ontologías relacionales tienen múltiples maneras de comprender los ríos y su agua, ya sea como bien común²²⁵, como un ser sagrado que tiene capacidad sanadora, como espacio donde habitan espíritus sagrados y los ancestros, como agente para un desarrollo pensado desde la propia comunidad que es distinto al que quiere imponer el Estado y las empresas extractivistas, y como un ser vivo más y un recurso indispensable para la vida en los territorios al ser parte de y sustentar el ciclo natural de la vida (Cepeda 2021).

En base a estas comprensiones se despliegan desde los territorios múltiples narrativas de sustentabilidad y de lo que significa el agua para defender los ríos frente a la invasión hidroeléctrica (Cepeda 2021)²²⁶ y desafiar el origen y la funcionalidad hegemónica de las políticas públicas (Salas-Astraín 2019). De esta manera, emerge una segunda dimensión de los conflictos en tanto que constituyen una ventana de oportunidad para visibilizar las ontologías relacionales presentes en los territorios y para repensar y resignificar los ríos y la sustentabilidad a partir de los aportes que se nos ofrecen desde estos territorios de la diferencia (Escobar 2015, 2010) con miras a avanzar en una mayor justicia entre saberes (Santos 2017; Calfullán 2019). En los siguientes capítulos se analizará si los tribunales de justicia pueden ser un espacio donde los pueblos indígenas encuentren un reconocimiento a esta

²²⁵ El profesor Costa expone cómo el pueblo mapuche ha realizado una gestión del agua como bien común desde tiempos inmemoriales (Costa 2020).

²²⁶ Desde el Ministerio de Energía entienden que los diferentes actores presentes en el territorio abrazan las ontologías, saberes y narrativas indígenas constituyendo un ensamblaje de significados en torno a los ríos únicamente con el fin de fortalecer los movimientos sociales que se oponen a los proyectos hidroeléctricos, exigir la celebración de consultas previas y tener mayores posibilidades de detener el avance de los proyectos hidroeléctricos en los territorios (Valenzuela y Terc 2017).

resignificación de los ríos, los territorios mapuche y la sustentabilidad desde una mirada pluriversal de los derechos humanos que incorpore las ontologías y saberes mapuche²²⁷.

Para ello, una vez vistos en este primer capítulo los múltiples factores que han sido causa promotora de la expansión minihidroeléctrica en Chile y de la generación y judicialización de múltiples conflictos etnoambientales en la Macrozona Sur, en el segundo capítulo se desarrollará el marco teórico de la tesis vinculado al concepto de la juridificación de la política indígena y los efectos de la movilización legal de los pueblos indígenas y se presentarán las aproximaciones contrapuestas existentes en la literatura, diferenciando entre quienes argumentan que el uso del Derecho y los tribunales por parte de los pueblos indígenas es en realidad un instrumento de dominación y sometimiento que opera en beneficio del multiculturalismo neoliberal y el neocolonialismo, y quienes sostienen por el contrario que puede erigirse -en diferentes grados- en una herramienta empoderadora, contrahegemónica y decolonial para los movimientos indígenas.

²²⁷ No hay que olvidar que para los mapuche los conflictos etnoambientales tienen una causa fundamentalmente religiosa y, por eso, más allá de la búsqueda de la protección de sus derechos en los tribunales de justicia, necesitan también recurrir al *nguillatun* para recuperar el *newen*, reparar el daño espiritual o moral infringido al territorio o a los ancestros e invocar a las fuerzas sobrenaturales y a los ancestros para proteger su territorio (Antona 2011, 2016).

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO: JURIDIFICACIÓN DE LA POLÍTICA INDÍGENA.

1. El concepto de juridificación.

Giraud y Carbonell definen la juridificación como el término que se emplea para referirse al proceso por el que se confiere o refuerza “*el carácter jurídico de pretensiones, competencias, obligaciones, prohibiciones, procedimientos de resolución de conflictos o relaciones dentro de la sociedad*”. Las pretensiones de los pueblos indígenas al accionar el derecho pueden ser múltiples, desde buscar el reconocimiento de su autonomía política, jurídica o judicial (reclamo de la obligación estatal de respetar) a la garantía estatal efectiva de ciertos derechos (reclamo de obligación de proteger y satisfacer). Estas autoras identifican diferentes dimensiones en las que pueden operar los procesos de juridificación: i) cambios de las normas constitutivas del sistema político (normas de división de poderes, procedimentales y competencias); ii) proliferación del derecho positivo vía regulación de actividades o concesión de derechos; iii) aumento del recurso al derecho para resolver conflictos; iv) aumento del protagonismo de los jueces en la resolución de conflictos y en la definición y garantía de los derechos de los pueblos indígenas (judicialización); y v) reconocimiento de los miembros de una comunidad como sujetos jurídicos o el entendimiento de la relación entre individuos a la luz de un orden jurídico común (Giraud y Carbonell 2008).

La juridificación de la política hace referencia al proceso por el que las demandas y conflictos políticos y sociales se trasladan al terreno de lo jurídico (Sieder 2020a, 2020b; Kirsch 2012). Parte de la literatura hace referencia a este mismo concepto de uso estratégico del derecho y de los tribunales de justicia para lograr transformar la sociedad y la política con el anglicismo *lawfare* (Gloppen 2017; Wilson 2017; Langford 2017; Brinks y Singh 2021; Vallejo and Gloppen 2013; Rodríguez y Alves 2017; Vidal-Parra 2019; Fay 2013), mientras que otros consideran que el término *lawfare* tiene una connotación negativa por comportar un abuso del derecho y constituir un acto de fuerza cuyo objetivo sería socavar los Estados democráticos y las garantías de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Esta mirada negativa del concepto de

lawfare ha sido adoptada por el propio Papa Francisco y el Comité Panamericano de Jueces y Jueces por los Derechos Sociales y la Doctrina Franciscana, quienes alertan de que mediante prácticas impropias de los tribunales de justicia y los ministerios públicos (manipulación probatoria, falta de imparcialidad de los investigadores y juzgadores involucrados, uso de la prisión preventiva como medio para inducir a falsos testimonios, conformación de tribunales “ad hoc” con integrantes que no resultan de una regular integración, desplazamiento y persecución de jueces que resistieron esas prácticas espúrias, entre otras), junto a los montajes mediáticos que se construyen paralelamente, el *lawfare* se erige en un instrumento al servicio de la dominación e intervención exógena para defender los intereses de la centralidad mundial y también de las élites locales, en detrimento de los procesos políticos emergentes de los pueblos para recuperar su soberanía y dignidad y sostener sus derechos sociales a la salud, alimentación, cultura, medio ambiente sano, etc. (Gallardo et al. 2021)²²⁸. Desde esta mirada crítica, Handmaker contrapone el término *lawfare* al de *movilización legal* desde un criterio de *i/legitimidad*, entendiendo el primero como el uso ilegítimo y hegemónico del derecho por parte de representantes estatales o corporativos con el fin de socavar las demandas políticas de los movimientos sociales y perseguir a sus líderes y defensores en la sociedad civil, y el segundo como el uso legítimo del derecho por parte de organizaciones de base para sustentar sus reclamos políticos (Handmaker 2019)²²⁹. Por su parte, Rodríguez-Garavito habla de “ethnicity.gov” para referirse a esta misma idea de juridificación de los reclamos y demandas indígenas que tiene lugar en la era de la globalización y al protagonismo del derecho en la gestión de los asuntos indígenas que se materializa por medio de la regulación producida por los Estados-nación (tratados, leyes y decisiones

²²⁸ En la literatura que adopta este enfoque del *lawfare* como un abuso estratégico del derecho en el marco de los conflictos armados destaca el grupo The Lawfare Project o Middle East Forum, que denuncian como grupos insurgentes palestinos y terroristas islamistas se aprovechan ilegítimamente de las garantías del derecho internacional humanitario para atacar la seguridad y los intereses del Estado de Israel y hacen uso del término “legal yihad” para deslegitimar si cabe todavía más lo que consideran una tergiversación de los principios del derecho internacional (Goldstein y Meyer 2009; Steinberg 2011, citados por Handmaker 2019). Otros autores consideran su interpretación del derecho internacional demasiado restrictiva y chauvinista (Handmaker 2019).

²²⁹ Gloppen y Wilson, en cambio, no comparten esta distinción entre *movilización legal* y *lawfare* en base a criterios de legitimidad o ilegitimidad, sino que consideran que el concepto de *lawfare* en sentido estrecho puede presentarse en forma de fórmula como la suma de litigio y *movilización legal* (*lawfare* = litigio + *movilización legal*) y superponerse con el concepto de *movilización legal* cuando ambos hacen referencia a actores de la sociedad civil que usan intencionadamente estrategias que involucran derechos e instituciones jurídicas como parte de una lucha sociopolítica más amplia. Es decir, para estos autores, una *movilización legal* solo constituirá *lawfare* en el supuesto de que forme parte de una lucha persistente de intereses sociales organizados en favor (o en contra) de un cambio social y si el litigio forma parte del repertorio de herramientas utilizadas por dichos intereses sociales (Gloppen 2017; Wilson 2017).

judiciales sobre los derechos colectivos), normas creadas por el sector privado (códigos de conducta de las empresas que regulan las relaciones con las comunidades indígenas) y las disputas jurídicas de los movimientos sociales (litigios por los derechos humanos en tribunales domésticos e internacionales). Sin embargo, la “ehtnicty.gov” no es un proceso pacífico ya que coexisten diferentes paradigmas que colisionan respecto a cuál debe ser el contenido y alcance de los derechos indígenas. Así, el paradigma de gobernanza neoliberal ha sido confrontado desde abajo por un paradigma de legalidad contrahegemónica que es propuesto por un movimiento transnacional de defensa de los derechos indígenas (Rodríguez-Garavito 2011a).

La utilización del derecho como instrumento político (Abel 1995)²³⁰ puede ser accionado por diferentes actores y en diferentes escenarios.

	<i>Lawfare</i> legislativo o reglamentario	<i>Lawfare</i> centrado en los tribunales	<i>Lawfare</i> social
<i>Lawfare</i> estatal	Redacción y aprobación de leyes, provisiones constitucionales, decretos, reglamentos, tratados (por ejemplo, en relación al criterio de elegibilidad para ostentar un cargo público con el propósito de impedir a determinados políticos ostentar ciertas responsabilidades)	Acusación selectiva y detención de grupos o personas considerados conflictivos bajo cargos más o menos inventados (personas indígenas u opositores políticos por ejemplo); apelaciones para revocar decisiones de tribunales inferiores, activismo judicial	Campañas electorales centradas en determinados derechos/leyes; campañas en los medios de comunicación
<i>Lawfare</i> por actores en la sociedad política	Argumentos de derechos en procesos legislativos y políticos; acusaciones de inconstitucionalidad; legislación a nivel subnacional en las <i>polities</i> gobernadas por la oposición	Recursos de constitucionalidad; litigios	Campañas electorales basadas en determinados derechos/leyes; campañas en los medios de comunicación
<i>Lawfare</i> desde abajo por actores en la sociedad civil	Promoción/presión de partidos políticos, agencias gubernamentales, aportaciones al desarrollo legislativo y de las políticas	Litigio estratégico incluido ante tribunales internacionales y organismos cuasi-judiciales Provocación estratégica de detenciones y cargos	Defensa/promoción de ciertos derechos/legislación; manifestaciones; capacitaciones de sensibilización; campañas en los medios de comunicación; estrategias de resistencia civil “ilegal (desobediencia civil)”

Ilustración 29. Tipologías de *lawfare* (Gloppen 2017 y Wilson 2017)

²³⁰ En este sentido, es ilustrativa la comprensión del derecho de Abel como la política por otros medios (Abel 1995), la comprensión de las resoluciones judiciales de Epp como decisiones políticas con disfraz (Epp 1998) o la comprensión de la movilización legal como un acto esencialmente político (De Feyter et al. 2011) más que legal (Crawford y Andreassen 2013). En el caso del uso del derecho y los tribunales por parte de los pueblos indígenas encarna y desarrolla una política de rechazo indígena (Simpson 2015, citado por Sieder 2020a) tridimensional: rechazo frente al extractivismo, rechazo frente al derecho hegemónico y rechazo frente a ontologías y cosmovisiones ajenas.

Si bien esta tesis se centra en el uso contrahegemónico del derecho y los tribunales chilenos por parte del pueblo mapuche para detener el avance de la frontera minihidro en el sur del país impulsado por el gobierno de Bachelet a partir del año 2014 (*lawfare from below* en sentido estrecho), es preciso destacar que los pueblos indígenas de la región han sido víctimas de estrategias de *lawfare* de parte de los diferentes poderes del Estado con miras a lograr la dominación política de la disidencia por medio de i) criminalizar las demandas y protesta social con la creación y aplicación discriminatoria de nuevos tipos penales (poder legislativo) (Vidal-Parra 2010; Alvergne 2018; Emmerson 2014; Cloud y Le Bonniec 2019; Tauli-Corpuz 2018a, 2018b; CIDH 2015a; 2015b)²³¹, una interpretación y aplicación racista de las normas por parte de los operadores de justicia (jueces y fiscales) (Le Bonniec 2014; Le Bonniec et al. 2021; Le Bonniec y Payàs 2021; Del Valle 2015; Corte IDH 2014²³²), la proclamación de estados de alarma y de excepción en materia de seguridad (poder Ejecutivo) (Wright 2013; Villegas 2013; Jara 2016; Hodel 2022; Cisternas 2022; Doran 2017), impunidad de los abusos policiales y las fuerzas de seguridad del Estado (Tauli-Corpuz 2018b) y campañas difamatorias y criminalizadoras en los medios de comunicación *mainstream* o también llamados cuarto poder (Sáez 2015); ii) aprobar leyes y reglamentos que contravienen los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas, muy especialmente en materia de consulta (y consentimiento) previa, libre e informada y que, por ende, vulneran también los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena (Yrigoyen 2021a, 2021b; Wright y Tomaselli 2019; Carmona 2020a, 2020b; Fundación para el Debido Proceso 2015; Rodríguez-Garavito 2011a); y iii) recurrir al principio del interés general o nacional del Estado y a las prerrogativas otorgadas al Comité de Ministros para autorizar proyectos energéticos y de infraestructuras en territorios indígenas y revocar si fuera necesario la decisión de la autoridad ambiental de suspender o rechazar un proyecto ingresado al sistema de evaluación ambiental (CNI-CIG 2022; Yaranga 2021; CIDH 2015b; CIDH 2018; Heras 2017). En definitiva, es preciso tener claro que el uso estratégico del derecho y en particular la adopción del discurso de los derechos humanos puede constituir un marco

²³¹ Un caso paradigmático es la legislación antiterrorista chilena que fue aprobada en tiempos del régimen de Pinochet para perseguir a la oposición democrática y que, posteriormente, con el régimen democrático ya en el poder, amplió paradójicamente los tipos penales del delito de terrorismo para introducir el delito por ataque incendiario con el propósito principal de perseguir la protesta y los ataques de grupos mapuche hacia bienes y propiedades de las empresas forestales en el sur del país (Vidal-Parra 2010).

²³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas).

hegemónico y de dominación o contrahegemónico y emancipatorio en función de los actores que lo utilizan y las pretensiones que persiguen (Baxi 2012)²³³.

2. La juridificación de la política indígena.

2.1. Contexto.

2.1.1. El papel protagónico del Derecho.

Desde la segunda mitad del s. XX los movimientos indígenas vienen desplazando parte de sus luchas y demandas políticas y sociales al terreno de lo jurídico en un proceso conocido como juridificación de la política indígena (Sieder 2020b) con el propósito de ver reconocidos y protegidos sus derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales y así poder reclamar la exigibilidad de sus derechos ante los tribunales de justicia para confrontar el despojo territorial y cultural al que estaban siendo sometidos por parte del modelo económico neoliberal extractivista fundamentado originariamente en el consenso de las *commodities* y la mercantilización de los bienes comunes (Svampa 2019; Pérez-Rincón 2016).

Los procesos de juridificación indican una creciente instrumentalización del derecho con fines políticos cuyo resultado es que el derecho adquiere un rol protagónico en los conflictos políticos (Eckert et al. 2012; Mccammon y McGrath 2015): las

²³³ Eckert también refiere esta dualidad del derecho como espacio donde imponer ideas hegemónicas de las élites o como espacio donde hacer llegar los valores y expectativas de los grupos subalternos (Eckert 2012; Eckert et al. 2012). Roa et. al. coinciden en que el derecho puede ser un instrumento utilizado por los grupos hegemónicos para fomentar valores como seguridad jurídica, previsibilidad, protección de la propiedad privada, reducción de los costos de transacción e implementación de las obligaciones contractuales, es decir, principios con los que profundizar su poder, o bien, puede ser un instrumento con el que los grupos subalternos pueden desarrollar sus reclamos de justicia (Roa-García et al. 2015). Handmaker presenta esta dualidad del derecho en forma de analogía: como escudo de los grupos subalternos para protegerse frente a los abusos del Estado o las empresas, o como espada en manos del Estado para someter a sus enemigos. En base a esta dualidad, Handmaker destaca que se identifican tres enfoques principales no excluyentes en la literatura sobre teoría de los movimientos sociales y los estudios sobre el potencial transformador de la movilización legal: los que defienden el derecho como instrumento legítimo y eficaz para que los movimientos sociales desafíen al Estado; los que entienden la movilización del derecho por grupos subalternos como un ejercicio de traducción de normas internacionales en contextos locales; y los que enfatizan los sesgos inherentes al derecho internacional y doméstico que suponen una barrera para lograr efectos transformadores de la sociedad y la política ya que limita las instituciones jurídicas contra las que la movilización legal puede dirigirse, y porque limita el abanico de normas disponibles para sustentar sus reclamaciones (Handmaker 2019). Dugard presenta la dualidad del derecho desde su dimensión política y observa cómo por un lado constituye un reflejo de un objetivo político articulado por las autoridades competentes y por el otro constituye un recurso político en manos de aquellos que quieren modificar el curso de la política pública (Dugard 2022).

demandas políticas se adaptan al lenguaje jurídico (Kirsch 2012) y la gestión de los conflictos se desplaza de los órganos representativos- especialmente parlamentos- y las calles –huelgas, boycotts, protestas, manifestaciones- a los tribunales de justicia (Comaroff y Comaroff 2006; Blichner y Molander 2008, citado por Sieder 2020a), alejándose así de los canales habituales por donde transcurre la política democrática (Hirschl 2004). Hirschl se ha referido a este fenómeno como “juristocracia” y advierte que el predominio de las instituciones y lógicas jurídicas comporta un empoderamiento del gobierno de los jueces y del poder de los juristas (Bourdieu 1987) y una reducción de las probabilidades de generar cambios estructurales (Hirschl 2004)²³⁴. Otros autores hablan de hiperjuridificación de la política (Sircar y Jain 2016), emergencia de culturas globales de legalidad (Couso, Huneeus, y Sieder 2010) o apoteosis del derecho (Goodale 2017) para referirse a esta centralidad del derecho en la gestión de las disputas políticas y a la presencia sin precedentes de instituciones, filosofías y lógicas procesales jurídicas en un amplio espectro de procesos. Este fenómeno ha sido explicado por algunos desde la paradoja del derecho, para referirse a que el derecho es tanto un objetivo de la política pública institucional como un instrumento político para aquellos actores que quieren modificar el curso de la *res publica* (Scheingold 2011, citado por Dugard 2022); otros hablan del fetichismo del derecho, que para la crítica marxista ortodoxa del Derecho se fundamenta en el engaño que realizan las élites mediante la creación de un Estado de derecho que no va más allá de la apariencia para controlar a la mayoría de la población

²³⁴ Bork, en cambio, considera que el reconocimiento expansivo de derechos y libertades civiles que se vivió en los Estados Unidos en la segunda mitad del s. XX -gracias en parte al reconocimiento judicial de los mismos- y que algunos han catalogado de revolución de derechos (Epp 1998), fue de la mano de un acusado crecimiento del poder judicial y de interpretaciones judiciales heréticas que insertaron en la Constitución una serie de principios liberales que no habrían podido alcanzarse mediante los órganos representativos de deliberación democrática y que terminaron por distorsionar la naturaleza de la constitución, que dejó de ser un instrumento para limitar el poder arbitrario del Gobierno, para convertirse en fuente del poder arbitrario de la judicatura (Bork 1990, citado por Epp 1998). Hart comparte la crítica al carácter no democrático del proceso de la revolución de derechos, pero defiende sus fines porque logró fortalecer la democracia (Hart 1980, citado por Epp 1998). Para Epp, en cambio, la revolución de derechos sí que fue democrática por ser resultado de i) un amplio apoyo popular que la hizo posible a través de una mayor y constante movilización legal ante los tribunales de justicia, ii) la creación legislativa de los recursos necesarios para accionar la movilización legal y democratizar el acceso a los tribunales; y iii) la diversificación y democratización de la profesión jurídica y de los grupos de interés. Desde esta mirada, la revolución de derechos fue un proceso democrático que nació desde abajo y que fue resultado de una acción colectiva organizada y sostenida para hacer que las decisiones judiciales se inclinasen por llegar a resoluciones más garantistas del principio de igualdad y no discriminación y por lograr que las sentencias no quedasen en letra muerta sino que fueran ejecutadas de manera efectiva. Los defensores del activismo judicial dialógico como Gargarella citan los casos de la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica y el Tribunal Supremo de la India como ejemplos donde el intervencionismo judicial ha servido para fortalecer las democracias en esos países, reequilibrar el sistema de frenos y contrapesos, y obtener la garantía de algunos derechos económicos, sociales y culturales para los colectivos más desfavorecidos de esos países (Gargarella 2020).

(Comaroff y Comaroff 2006) y para el constructivismo se fundamenta en la función simbólica de un derecho que representa ideas y aspiraciones de la cultura política de una sociedad y que encarna el poder creativo de dar sentido al mundo de los que creen en él (Lemaitre 2009); por último, desde la crítica al liberalismo jurídico se acuña el término “mito de los derechos”, para criticar la ideología que defiende el litigio como estrategia eficaz para alcanzar el cambio social (Scheingold 2004). En lo concerniente a la juridificación de la política indígena, la crítica a la omnipresencia del derecho como intervención indeseable del Estado ha sido confrontada por Silvina Ramírez, que considera que la regulación jurídica es necesaria para la gestión de los conflictos sociales y advierte que sin esta regulación de los derechos indígenas en el plano nacional e internacional sería prácticamente impensable que el sistema político se autorregulara para promover la inclusión de los pueblos y comunidades indígenas y para encaminarse hacia un Estado intercultural y plurinacional. En definitiva, Ramírez niega que haya un exceso de derecho cuando el derecho y la judicialización se tornan en instrumentos imprescindibles para proteger los derechos indígenas, la justicia distributiva y la calidad de sujeto político de los pueblos indígenas debido a la indolencia de los Estados y gobiernos para cumplir con sus obligaciones. Ramírez considera que la amenaza de la judicialización de la política como puerta de entrada al gobierno contramayoritario de los jueces ha sido en realidad sobredimensionada ya que si bien hay que tener claro los límites de la acción judicial, su accionar permite garantizar el *check and balances* y presionar a los otros poderes del Estado para que cumplan con sus obligaciones en materia de garantía de DF (Ramírez 2014).

En definitiva, este mayor uso estratégico del derecho ha comportado en muchas ocasiones la judicialización de la política indígena y se ha manifestado en una relativa abundancia de batallas legales dirimidas en los tribunales de justicia ya que los pueblos indígenas, cuando disponen de los recursos necesarios y las oportunidades contextuales

acompañan²³⁵, han optado por recurrir al litigio y eventualmente al litigio estratégico²³⁶ como herramienta para exigir la protección de sus derechos (Abogados sin Fronteras

²³⁵ Entre los principales factores que impulsan la movilización legal de los pueblos indígenas y de otros colectivos subalternos destacan los recursos propios de un movimiento social (organización, liderazgo, financiación, acceso a asesoría jurídica y coalición con otros actores), oportunidades contextuales legales (leyes vigentes, acceso a la justicia, expectativas de receptividad de sus demandas considerando la composición de los tribunales, cultura jurídica de los tribunales, precedentes jurisprudenciales, reconocimiento de personalidad jurídica y legitimidad activa) y oportunidades contextuales políticas (apoyo de las élites, tradición del electorado, mayorías en el Congreso, opinión pública dominante y movimientos sociales activos) (Mccammon y McGrath 2015; Gloppen 2008). Distinguiéndose de las explicaciones tradicionales de la teoría de la democracia constitucional que explicaban la revolución de derechos en los Estados Unidos en base a categorías como provisiones y garantías constitucionales, independencia, composición y liderazgo judicial, o consciencia de derechos y cultura popular —o una combinación de estas—, Epp sostiene que estos factores son necesarios pero insuficientes para explicar la revolución de derechos y que deberían ser complementados con la categoría determinante que sería una sólida estructura de apoyo de la movilización legal (presencia y coordinación de grupos de presión, abogacía organizada y diversificada, abogados pro bono, fuentes de financiación, políticas de apoyo a representación y defensoría legal y de flexibilización de la personalidad jurídica, Administración sensible que se persona como *amicus curiae*), que es la que permite sostener en el tiempo una estrategia de litigio que consiga que sus demandas sean recepcionadas de manera asertiva por los jueces y que los precedentes jurisprudenciales sean implementados (Epp 1998).

²³⁶ El objetivo del litigio estratégico no es necesariamente ganar el caso particular para un cliente sino asegurar los efectos positivos que pueda tener el procedimiento contencioso para los intereses más amplios de una comunidad o colectivo (Handmaker 2019). Los actores que patrocinan las acciones de litigio constitucional estratégico indígena ofrecen algunas consideraciones clave respecto a cuándo y con qué objetivos hacer uso de esta estrategia. Respecto a las consideraciones del cuándo, indican que es necesario i) que exista una comunidad u organización indígena que solicite la defensa y que cuente con un mínimo de consistencia organizativa; ii) que la comunidad u organización indígena esté dispuesta a asumir el protagonismo político del litigio, los abogados acompañan y asesoran técnicamente, pero no pueden hablar en nombre de los pueblos indígenas ya que ellos deben hablar con su propia voz; iii) que haya afectación a DF de rango constitucional, no cualquier derecho puede ser protegido a través de la justicia constitucional; iv) que la vulneración de derechos sea de especial gravedad y relevancia; v) que exista suficiente evidencia de la violación del DF y que no se necesite un estudio pericial para determinar la vulneración del derecho, si bien pueden darse excepciones en que sea necesario la búsqueda de medios probatorios para crear convicción en los jueces, como en casos de afectaciones al derecho a la salud y al medio ambiente; vi) que los abogados tengan la capacidad y el compromiso de acompañar a las organizaciones indígenas a lo largo de todo el proceso judicial; vii) que se trate de un caso representativo de un patrón sistemático de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas para que no solo se modifiquen políticas públicas y se restituya el derecho concernido, sino que puedan emitir un precedente jurisdiccional vinculante que pueda ser aplicado en otros casos similares; viii) que se identifique una actitud del Estado de renuencia manifiesta a respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas, es decir, situaciones en que el Estado no ejerce su rol de garante de los DF ni su función de fiscalización a privados que cometen violaciones de los DF de los pueblos indígenas (Quispe 2021; Ruiz-Molleda 2020). Respecto a los objetivos del litigio constitucional estratégico en favor de los pueblos indígenas, se consideran los siguientes elementos: i) la restitución del respeto a la supremacía de la constitución y la restitución de la vigencia del DF vulnerado; ii) generar precedentes jurisprudenciales como instrumentos de garantía de no repetición; iii) la adopción de políticas públicas para hacer frente a problemas estructurales y violaciones sistemáticas de DF; iv) obligar al Estado a asumir su rol de garante y fiscalizador de los DF en áreas geográficas donde hasta entonces ha estado ausente. V) lograr que los procesos constitucionales generen espacios de deliberación pública respecto al problema jurídico en cuestión más allá de los estrados del palacio de justicia. Vi) ganar la interpretación material de los derechos de los pueblos indígenas aunque se pierda en lo formal, es decir, que aunque los tribunales declaren una sentencia improcedente se consiga que realicen una interpretación de los estándares de los DF ajustada a las pretensiones de las demandas indígenas; vii) diversificar los derechos invocados y forzar a los tribunales a entrar a valorar otros derechos colectivos de los pueblos indígenas más allá del derecho a la consulta previa, libre e informada (Quispe 2021; Ruiz-Molleda y Másquez 2018) y obtener la nulidad de la decisión, acto o resolución que hubiera impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente protegidos. En este sentido, la llave maestra del litigio constitucional estratégico en favor de los pueblos indígenas es la invocación del derecho a la consulta previa para obtener la sanción

2013; Open Society Foundation 2017; IDLADS 2020)²³⁷. En buena medida, las luchas de los movimientos indígenas se convierten así en litigios de derechos humanos donde se reclama principalmente la protección de derechos colectivos como la cultura propia, la autodeterminación y el control sobre el territorio y los recursos naturales (Rodríguez-Garavito 2011a). Es la denominada dimensión estrecha de la juridificación o lawfare (Gloppen 2017; Wilson 2017).

Pero los procesos de juridificación van más allá del desplazamiento de las luchas políticas y sociales a los tribunales de justicia. Al codificar las demandas políticas y sociales en términos jurídicos, se produce una transformación de la identidad colectiva que pasa a (re)conocerse como sujeto de derechos (Sieder 2020a, 2020b; McCammon y McGrath 2015)²³⁸. Hablamos entonces de una de las categorías de la dimensión amplia de la juridificación o lawfare (Gloppen 2017; Wilson 2017). Al mismo tiempo, sin embargo, los estándares de legibilidad legal fijados por terceros actores como tribunales de justicia u organismos intergubernamentales y ONGs, pueden promover transformaciones exógenas en la organización política de los pueblos indígenas (Sieder

jurídica de la nulidad del acto administrativo o legislativo inconsulto y lesivo de los DF de los pueblos indígenas (Ruiz-Molleda 2021).

²³⁷ Tal y como señala Ramírez, los pueblos indígenas cada vez con mayor frecuencia utilizan la carta judicial a pesar de la incertidumbre de los resultados que puedan obtener con la decisión de los jueces ya que el revés judicial no es la excepción y muchas veces emergen precedentes jurisprudenciales adversos a los intereses indígenas que dejan a los accionantes en un estado de mayor indefensión (Ramírez 2014). A pesar de ello, los tribunales de justicia, especialmente los tribunales constitucionales y la Corte IDH, se han erigido en actores centrales en la juridificación y gobernanza de la etnicidad ya que la movilización legal se ha convertido en una estrategia definidora de los movimientos indígenas y sus demandas políticas y ha conducido a la judicialización de muchos conflictos etnoambientales (Rodríguez-Garavito 2011a).

²³⁸ En la literatura sobre la consciencia jurídica –y en los propios pueblos indígenas– existen diferentes posiciones no excluyentes: la que sostiene la legitimidad del derecho y del procedimiento legal; la que se muestra escéptica o recelosa de la legitimidad del derecho y de su aplicación; y la que entiende el derecho como una disputa y defiende un uso instrumental del mismo (Handmaker 2019). Un claro exponente de ello son las palabras de Simón Crisóstomo Loncopán, werkén del *lof mapu* Trankura: “Hoy en día nos encontramos acá agotando nuevamente una instancia de diálogo, agotando nuevamente una instancia judicial, que es lo que tanto anhela esta empresa y que tanto hablan, el diálogo en la instancia judicial, agotar todo, nosotros hemos hecho eso, nos hemos replanteado muchas veces nuestras formas de resistencia, creemos también que se puede lograr de esta manera, no queremos perder la esperanza, pero lamentablemente si siguen presionando, si esta empresa sigue queriendo entrar a la fuerza sin permiso de las comunidad violando nuestros derechos territoriales, nosotros vamos a hacer y aplicar justicia mapuche, porque no podemos permitir que ellos sigan destruyendo y sigan corrompiendo nuestros lof gratuitamente, nosotros estaremos resistiendo y estamos luchando para que estos proyectos no atenten a nuestra vida. Hoy en día logramos acá un recurso de protección y anulación a la concesión y a la implementación de este proyecto hidroeléctrico, nuevamente es solamente la presentación de documentos, pero pronto se vienen las jornadas de alegatos en donde vamos a requerir su apoyo, en donde vamos a requerir su newen para que de una vez por todas triunfemos, aunque no estamos muy esperanzados de triunfar ya que lamentablemente la justicia winka solamente se basa en base al dinero, nosotros creemos de que puede haber un entendimiento, puede haber un razonamiento, de lo contrario, a nosotros nos queda resistir y ahí vamos a estar esperando ese día para poder luchar como mapunche [...] y no jamás vendiendo nuestras tierras, jamás vendiendo nuestras aguas, jamás vendiendo nuestro territorio, todo lo contrario, reconstruyéndolo, viviéndolo, reconstruyéndonos como pueblo-nación” (Crisóstomo-Loncopán 2018a).

2020a, 2020b). Esta crítica a los procesos de juridificación radica en la reformulación de las ideas y experiencias propias de los pueblos indígenas para encajar en las categorías jurídicas hegemónicas porque encierra el peligro de transformaciones en la percepción de uno mismo y de lo que le sucede, de cambios en el significado de comunidad y en el concepto indígena, y de la imposición de una concepción individual de la personalidad jurídica. Es decir, que la juridificación tiene el potencial de imponer una construcción del mundo y de organización social a imagen y semejanza de los principios propios del derecho occidental hegemónico (Eckert 2012). Es el peligro del efecto *boomerang* al que se refiere Stuart Kirsch: si bien los procesos de juridificación pueden llevar a cambios en el contenido e interpretación de la norma jurídica, también pueden alterar las prácticas y concepciones propias de los pueblos indígenas (Kirsch 2012). Donahoe, por ejemplo, da cuenta de cómo la población indígena de la Federación Rusa necesita modificar el relato público de las particularidades de su relación con la tierra y los imaginarios y lenguajes con que se representan a sí mismos para articularlos en sus demandas con las categorías jurídicas hegemónicas legalmente protegidas por el ordenamiento interno, lo que en casos de sustentaciones demasiado forzadas se convierte en una amenaza de transformación, sutil pero real, de su relación con el territorio y para con ellos mismos como pueblo indígena (Donahoe 2012). Tal y como expone Cohan, las propensiones esencializadoras que hace el derecho de los grupos humanos culturalmente definidos y los derechos reconocidos –o denegados– tienen el potencial de erigirse en productores de subjetividades, de relaciones sociales e incluso de las mismas identidades y culturas que el propio derecho dice reconocer y proteger (Cohan 2001, citado por Donahoe 2012).

2.1.2. Paradigmas en disputa: multiculturalismo neoliberal v. contrahegemónico.

El proceso de juridificación de la política indígena ha sido exitoso en lo que se refiere a la codificación de los reclamos de justicia de los pueblos indígenas en el lenguaje de los derechos humanos, de manera que se han reconocido derechos indígenas en instrumentos internacionales de DDHH (destacándose el Convenio 169 de la OIT en 1989, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU) en 2007 y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en 2016), en las constituciones de muchos Estados de la región (Van Cott 2002) y en resoluciones judiciales de la Corte IDH y de algunos tribunales domésticos (Yáñez

2017)²³⁹. Sin embargo, hay que tener presente que la incorporación/recepción de los estándares internacionales en la legislación interna y los tribunales de los Estados ha sido desigual y en muchas ocasiones el alcance de esos estándares ha sido restringido y su finalidad desnaturalizada (Baxi 2012)²⁴⁰. Ello es debido a que la gobernanza y la juridificación de la etnicidad han sido objeto de constantes disputas entre el paradigma del multiculturalismo neoliberal, fundamentado en la libertad contractual y el debido proceso, y el paradigma del multiculturalismo contrahegemónico, fundamentado en el derecho de autodeterminación, el estándar del consentimiento previo, libre e informado y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y a que en la mayoría de las ocasiones ha sido el primero el que se ha impuesto al segundo proyectando así una concepción del sujeto jurídico neoliberal y una lógica procedimental al ámbito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Rodríguez-Garavito 2011a). Como destaca Rodríguez-Garavito en *Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples and the Right to Prior Consultation in Social Minefields*, en ocasiones estos paradigmas han alcanzado algunos acuerdos de mínimos y hallado puntos de “encuentro” mediante regulaciones y estándares flexibles gracias al uso de palabras polisémicas que, no obstante, continúan comportando diferentes significados y alcances para cada uno de los paradigmas, palabras como consulta, participación y empoderamiento que, en realidad, lo único que hacen es establecer un piso mínimo para la gobernanza de la etnicidad pero que son incapaces de evitar que la tensión y las diferencias sustantivas entre los dos paradigmas terminen aflorando, como prueba el hecho de que la principal herramienta de la gobernanza de la etnicidad, la consulta previa, haya sido causa de numerosas disputas jurídicas y se haya convertido en uno de los derechos indígenas que ha sido más judicializado por parte de las comunidades y organizaciones indígenas y sus aliados entre la sociedad civil y los organismos intergubernamentales (Rodríguez-Garavito 2011a). A pesar de ello, el paradigma del multiculturalismo y la gobernanza neoliberal propuesto por las empresas

²³⁹ Algunos autores catalogan la magnitud de este reconocimiento como cascada de derechos humanos de los pueblos indígenas (Rodríguez-Garavito 2011a) y otros destacan que a partir del uso estratégico de estas normas las mujeres indígenas de la región latinoamericana han sido capaces de confrontar no solo la discriminación procedente del Estado sino también la procedente del patriarcado en el seno de sus comunidades, lo que les ha permitido resignificar y redefinir instituciones propias y prácticas consuetudinarias y avanzar en el camino hacia la construcción de comunidades indígenas más igualitarias en donde el respeto de la cosmovisión propia, del principio de complementariedad y de la equidad de género dejen de ser excluyentes (Sieder y Barrera 2017). La constitución chilena ha sido una excepción regional al haber invisibilizado durante más de tres décadas la existencia y los derechos de los pueblos originarios del país. Este hecho, sin embargo, podría ser superado merced al actual proceso constituyente.

²⁴⁰ Es preciso recordar que el efecto hegemónico o contrahegemónico de estos estándares dependerá la interpretación de la norma que se imponga en una disputa concreta (Rodríguez-Garavito 2011a).

transnacionales, la banca mundial y los Estados corporativos de América Latina, ha sido capaz de hacer prevalecer una mirada de la consulta previa focalizada en aspectos procedimentales (plazos, cronograma, sede de las reuniones, certificaciones de representación legal, notificaciones, costos, recursos jurídicos) como garantía de la manifestación de la libertad contractual y la igualdad entre las partes y que en el mejor de los casos conduce a una mercantilización de la cultura y los territorios indígenas -los cuales son objeto de negociación- y a un enfoque compensatorio de los pueblos indígenas por los impactos culturales y ambientales que los proyectos extractivos pudieran ocasionar o por la omisión o falencias en la realización de la consulta, frente a un paradigma del multiculturalismo y de los derechos indígenas contrahegemónico que pone el foco en los aspectos sustantivos y el resultado de la consulta, es decir, valora la medida en que la consulta previa ha garantizado el ejercicio del derecho al consentimiento previo, libre e informado y ha sido instrumental para la protección de los derechos indígenas (Rodríguez-Garavito 2011a). De esta manera, el reconocimiento “horizontal” de estos estándares de derechos indígenas focalizados en la dimensión procedimental y participativa de los mismos habría servido al paradigma del multiculturalismo neoliberal para otorgar ciertos tintes de legitimidad a sus políticas de desarrollo y etiquetar sus proyectos como desarrollo sustentable o con pertinencia cultural pero sin ir más allá de lo que los actores de este paradigma están dispuestos a aceptar: la concesión del reconocimiento de ciertos derechos indígenas siempre que no pongan en riesgo su modelo de desarrollo económico, y cuando ha sido menester, este reconocimiento ha sido negado *de iure* o *de facto* al oponerse al control territorial y de los recursos por parte de los pueblos indígenas para así poder continuar con el despojo de los pueblos por el capitalismo global (Hale 2005, citado por Rodríguez-Garavito 2011a)²⁴¹. Las disputas entre estos paradigmas reflejan concepciones antagónicas del Estado de derecho entre el neoliberalismo y el neoconstitucionalismo y que han conducido a una suerte de equilibrio híbrido inestable que algunos denominan como neoliberalismo corregido (Kennedy, citado por Roa-García et al. 2015) para referir un contexto en el que el neoliberalismo

²⁴¹ En parte, ello ha sido posible porque los marcos regulatorios de la consulta previa no han incorporado mecanismos de monitoreo y sanción y no han abordado satisfactoriamente la asimetría y desigualdad entre las partes, de forma que la consulta previa se asemeja más a una negociación entre particulares que a un proceso de deliberación pública en donde el Estado actúa como testigo y no como garante de la consulta y las empresas tienen un control sobre el escenario de la consulta. Además, el enfoque compensatorio de la consulta contribuye a la pérdida de autonomía indígena por verse alterados sus modos de vida tradicionales y a la erosión de la identidad cultural, del sujeto colectivo y del sentimiento de comunidad (Rodríguez-Garavito 2011a).

está en crisis pero las alternativas emergentes son todavía vagas y dan como resultado marcos jurídicos contradictorios (Roa-García et al. 2015)²⁴².

2.1.3. La paradoja de los derechos indígenas: la brecha de implementación.

La paradoja, no obstante, es que este cambio de paradigma, en el que los pueblos indígenas pasan de ser objeto de la regulación jurídica (y, por tanto, de la política) a ser sujetos de derecho²⁴³ (Fariñas 2020) y el incremento progresivo del reconocimiento jurisprudencial y positivación de los derechos indígenas no ha venido acompañado de una

²⁴² Roa-García et al. ponen como ejemplo las leyes de aguas de Bolivia, Colombia y Perú, que pretenden avanzar en alternativas a la política y/o régimen de aguas neoliberal y entremezclan principios contraneoliberales (aquellos que solo cuestionan los medios –falta de participación en toma de decisiones– y efectos –inequidad en el acceso al recurso hídrico– del neoliberalismo pero no sus principios –propiedad privada, acumulación y persistencia del paradigma eurocéntrico que separa el individuo de la comunidad y la cultura de la naturaleza) con principios posneoliberales (que sí cuestionan los principios neoliberales e introducen valores como agua como bien común, ontologías relacionales que reconocen el vínculo cultura-naturaleza y los usos consuetudinarios del agua, prioridades de uso para la vida y el buen vivir y gestión del agua desde el principio de reciprocidad, comunidad y cooperación). Ello habría ofrecido como resultado un potencial emancipatorio acotado para los grupos subalternos porque i) las propuestas contraneoliberales no ofrecen alternativas para la gestión del agua como bien común, no abordan el poder discrecional del Estado en la asignación del agua y establecen tarifas por uso que refuerzan la acumulación por parte de aquellos que cuentan con mayor capacidad económica; y ii) las propuestas posneoliberales se incorporan como aspiraciones pero sin mecanismos para su exigibilidad ni de sanción por su incumplimiento o por requerir que los usos indígenas del agua se registren tanto en bloque como individualmente. A pesar de estas contradicciones y limitaciones, estas reformas legislativas abren la puerta a que los pueblos indígenas puedan invocar el derecho para desafiar los efectos del neoliberalismo en los tribunales. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha realizado una interpretación expansiva y garantista del derecho humano al agua al considerar que se deriva de derechos sociales como derecho a la salud, al saneamiento y al agua potable y ha fijado estándares en relación a la cantidad mínima diaria, su relación con un medio ambiente libre de contaminación, la restricción de la propiedad privada para proteger funciones ecosistémicas del agua y el principio precautorio para dar prioridad a la protección ambiental por sobre los intereses económicos (Roa-García et al 2015).

²⁴³ En Chile el verdadero cambio de paradigma se produce con la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el año 2008 (Vidal-Parra 2010), pues si bien ya durante la transición democrática se había aprobado la Ley Indígena (1993), esta norma presentaba muchas falencias en términos de protección y garantía de los derechos a la tierra, al territorio y a los recursos naturales de los pueblos indígenas y no se ajustaba a los estándares recogidos en el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como señala Cloud, estas falencias eran resultado de tres hechos: en primer lugar, la negación de la dimensión colectiva de las entidades indígenas como pueblos y la omisión de toda referencia al concepto de territorio indígena, consagrando la “comunidad indígena legal” como institución de referencia de las políticas públicas del Estado hacia lo indígena e ignorando la organización socio-política y cultural de base que opera en los territorios ancestrales; en segundo lugar, debido a la ineficacia de los instrumentos contemplados en la ley para restaurar las tierras indígenas por medio de la creación de un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, que no tomaba en consideración la lógica de la territorialidad mapuche basada en el *tuwun* o lugar de origen, provocando la división y deslocalización de comunidades mapuche, y además, tenía un alcance muy limitado debido a que solo las tierras titularizadas con títulos de Merced o títulos de comisarios podían beneficiarse de los instrumentos recogidos en la ley (más del 90% de las tierras ancestrales mapuche usurpadas por medio de las reducciones de tierras en la segunda mitad del s. XIX quedaban excluidas de la posibilidad de ser restituidas con los instrumentos de la Ley 19.253); y en tercer lugar, la incapacidad de la ley para proteger las tierras indígenas ya titularizadas, como puso de manifiesto el megaproyecto hidroeléctrico Ralco al imponer el interés nacional de generación eléctrica por sobre el interés especial de protección de tierras indígenas (Cloud 2017).

efectiva implementación de sus derechos por lo que persiste —e incluso ha aumentado— la brecha de implementación a la que hacía referencia el Relator Especial Stavenhagen ya en el año 2006 (Stavenhagen 2006 y 2007) y que ha sido denunciada por una abundante cantidad de trabajos (Aylwin 2014; Aylwin y Rohr 2021; Fundación para el Debido Proceso 2015; Gómez y Berraondo 2013; Berraondo 2013; Gómez 2017; Martí 2020; Martínez 2015; Martínez de Bringas 2020; Molinet 2019; Muñoz 2014; Quilaleo 2018; Ramírez 2014; Viaene y Fernández-Maldonado 2016; Wright y Tomaselli 2019). La incorporación de los reclamos indígenas en los ordenamientos jurídicos sin materializarse de manera efectiva más allá del papel, constituye lo que Santos denomina la “absorción de la emancipación en la regulación” (Santos 2002, citado por Roa-García et al. 2015). Ramírez destaca que la brecha de implementación conduce a la paradoja de que cuanto mayor es la regulación y la incorporación normativa de los derechos indígenas, menor es su fuerza normativa y eficacia (Ramírez 2014). Berraondo ahonda en la paradoja de que a pesar del mayor reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos indígenas, mayor está siendo la dificultad para hacer efectivos tales derechos debido a la falta de voluntad política y a los intereses económicos que cada vez tienen mayor fuerza, lo que ha permitido el avance continuo de la frontera neoextractivista sobre la base de una falta de reconocimiento y titulación de los territorios indígenas por parte de unos Estados que, sin embargo, ya no pueden alegar desconocimiento o falta de concreción del derecho. Por este motivo, la nueva oleada extractivista y colonial sería si cabe más cruel que las anteriores ya los actores estatales y privados son conscientes de estar vulnerando derechos humanos formalmente reconocidos (Berraondo 2013). Zoettl plantea la brecha de implementación de los derechos indígenas en Brasil en los siguientes términos: la movilización del derecho por los movimientos indígenas ha cosechado la justicia formal pero aún no la justicia material de sus derechos, siendo un claro ejemplo el reconocimiento constitucional que otorga preferencia al derecho de posesión indígena, el cual ha sido acogido por el Tribunal Supremo y que, sin embargo, no se ha traducido en una demarcación de las reservas indígenas por parte del Ministerio de Justicia y los *fazendeiros* continúan emprendiendo acciones posesorias para confrontar los derechos de posesión indígena que son admitidas y respaldadas por los tribunales locales (Zoettl 2016).

El neoliberalismo económico continua siendo la ideología dominante en las élites políticas y jurídicas de los Estados latinoamericanos y junto al neoextractivismo²⁴⁴, ahora también fundamentado en un consenso de las renovables (Bene 2018a, 2018b) y en el desarrollo de micro sistemas jurídicos privados que operan sin la intervención de los Estados por medio de una *lex mercatoria* y tribunales internacionales de arbitraje que protegen los intereses de actores privados al margen del interés general (Fariñas 2020), continúan erigiéndose en serios obstáculos para la garantía de los derechos indígenas y el ejercicio del pluralismo jurídico y la gestión autónoma indígena en sus territorios²⁴⁵. Además, el nuevo embate del extractivismo ha venido acompañado de la criminalización y persecución de los defensores indígenas del medio ambiente y el territorio ancestral por medio del uso del derecho penal por parte de fiscalías y magistrados²⁴⁶, un uso desproporcionado de la fuerza de parte de las fuerzas de seguridad del Estado y actores privados de seguridad contratados por las empresas o por la violencia directa de grupos de paramilitares, sicarios e insurgentes que tratan de hacerse con el control de los territorios indígenas (Global Witness 2019 y 2021; Paz 2019; Forst 2016; Bermúdez 2019). En definitiva, la brecha de implementación pone en cuestionamiento el alcance de:

i) el cambio de paradigma concerniente a la medida en que los pueblos indígenas han

²⁴⁴ Martínez de Bringas define el neoextractivismo como una forma social de organización territorial, una forma de entender el desarrollo en beneficio del capital y la expresión poscolonial del despojo indígena y advierte que reproduce las siguientes etapas en forma de círculo vicioso: despojo territorial-desigualdad y exclusión-movilización- criminalización de la protesta (Martínez de Bringas 2020).

²⁴⁵ Según Goodale, estas áreas del derecho vinculadas a la inversión extranjera y a la propiedad intelectual configuran un entramado institucional y conceptual en consonancia con los intereses del capitalismo global y por medio de tratados de libre comercio, tratados bilaterales y otro tipo de contratos logra superponerse a los derechos indígenas y erigirse en un poderoso instrumento en manos del poder y el despojo neocolonial (Goodale 2017).

²⁴⁶ Murdocca, por ejemplo, denuncia cómo el racismo (neo)colonial es parte constitutiva de la justicia restaurativa diseñada con la cláusula *Gladue* con que se reformó el código penal canadiense. A pesar del mandato a los tribunales que fijaba esta cláusula en el sentido de tomar en consideración el legado colonial y las condiciones contextuales y sociales de la población indígena antes de fijar una pena y considerar las penas privativas de libertad como la última *ratio*, la realidad es que en las cárceles canadienses ha persistido de manera desproporcionada los presos de origen indígena. Ello ha sido posible porque en la interpretación y aplicación de esta cláusula por parte de los operadores de justicia ha predominado una esencialización del sujeto indígena que fruto del legado colonial es concebido como inherentemente vulnerable e incapaz de rehabilitarse, por lo que no es merecedor de los permisos y otras garantías del sistema penitenciario. De esta manera, la cláusula codifica ciertos discursos y formas de entender a los pueblos indígenas en el procedimiento penal, obviando que los pueblos indígenas no son pueblos vulnerables sino pueblos oprimidos y se termina por reproducir patrones de dominación y subordinación. En definitiva, el marco introducido por la cláusula incorpora la diferenciación cultural pero se convierte en realidad en un instrumento para i) hacer perdurar la violencia, la privación de libertad y el colonialismo que padece la población indígena bajo un manto de sistema penitenciario aparentemente progresista, ii) invisibilizar las ideas culturales subyacentes que expresan el racismo en el derecho, iii) contribuir a eludir la responsabilidad de individuos y naciones, y iv) funcionar como un marco que ampara y justifica la opresión (Murdocca 2018).

pasado de objetos a sujetos de derechos; y ii) los efectos de la juridificación de la política indígena (Fariñas 2020).

2.2. Particularidad de la juridificación de la política indígena.

La juridificación de la política indígena presenta, además, una particularidad que la distingue de procesos de juridificación de otros movimientos sociales como puedan ser el reconocimiento del derecho al aborto o de los derechos de las personas LGTI. Esta particularidad radica en que la juridificación de la política indígena se produce en la intersección y coexistencia entre formas de derecho con bases epistemológicas y ontológicas muy distintas y ello plantea el reto de la traducción interlegal y la complejidad de la presencia de múltiples vías de difusión de normas (top-down, bottom-up y más horizontales) (Sieder 2020a, 2020b)²⁴⁷. De esta manera, los procesos de juridificación de la política indígena contemplan una doble dimensión: por un lado, los pueblos indígenas adoptan el derecho nacional e internacional para sustentar sus reclamos²⁴⁸, pero por el otro, supone movilizar y defender al mismo tiempo la legitimidad y validez de sus propias formas de derecho y gobierno (Sieder 2020a, 2020b)²⁴⁹. Algunos autores entienden que como el objeto de la juridificación no es el contenido del derecho propio sino la forma en que este es recepcionado por el derecho estatal, los pueblos indígenas estarían en realidad asumiendo el punto de vista del ordenamiento jurídico estatal (Giraud y Carbonell

²⁴⁷ Las normas y procedimientos del derecho occidental no han sido capaces de capturar adecuadamente las formas propias de entender las situaciones, relaciones y conflictos de los sujetos que dice proteger (Eckert et al. 2012). Sin embargo, la persistencia de un pluralismo jurídico *de facto* al interior de los Estados pone de manifiesto según Goodale el fracaso del discurso de los derechos humanos como imperativo ético o moral y su pretensión de universalidad que, en definitiva, supone una propuesta desde la arrogancia y superioridad ética que subestima principios y valores de otros ordenes jurídicos (Goodale 2017). Otros autores hablan del imperialismo del discurso de los derechos humanos para referirse a cómo las naciones hegemónicas imponen a nivel global un código de valores y una mirada excluyente respecto a las formas deseables de dignidad humana (Douzinas 2007; Bowring 2008, citados por Baxi 2012). Como señala Tsing, si la globalidad de los derechos humanos ha de tener algún significado debe considerar no solo la difusión de ideas e instituciones desde el Norte global a la periferia, sino que debe contemplar también las fricciones que se producen y cómo son recepcionadas y resignificadas en el Sur global (Tsing 2005, citado por Englund 2012).

²⁴⁸ Para algunos autores, este hecho indica la contradicción inherente en los procesos de juridificación de la política indígena ya que la reivindicación de los derechos indígenas se realiza desde el lenguaje de unos derechos humanos contruidos desde la lógica occidental y con la preminencia de los derechos individuales sobre los colectivos y de los principios liberales de propiedad, libertad e igualdad ajenos a los pueblos indígenas (Fariñas 2020).

²⁴⁹ Eckert et al. observan que los procesos de juridificación comportan un uso del derecho estatal contra el propio Estado, pero también una movilización del derecho internacional, del derecho propio, y de modelos de resolución de conflictos que pueden dar lugar a diferentes formas de producción e interpretación del derecho (hibridación, sintetización, subversión, replicación, iteración) (Eckert et al. 2012).

2008), de manera que incluso en los momentos de rebelión los grupos subalternos estarían dominados por los principios de sus opresores (Chatterjee 2005, citado por Strümpell 2012). Otros, en cambio, señalan que en la juridificación de la política indígena no se reclama reconocimiento o inclusión aceptando el derecho estatal de manera incondicional, ni tampoco los pueblos indígenas se someten a la autoridad del derecho hegemónico para reconocer la soberanía del Estado. Por el contrario, la juridificación de la política indígena se fundamenta en el uso del derecho hegemónico para poner al descubierto el racismo con el que este opera y defender las epistemologías y ontologías del derecho propio que tienen concepciones de tiempo, espacio y ser muy diferentes a las de las categorías legales dominantes²⁵⁰, convirtiéndose así en un instrumento que permite desarrollar reclamos más amplios de autonomía, soberanía y jurisdicción (Sieder 2020a, 2020b; Strümpell 2012). Este es el enfoque que comparten los defensores del potencial emancipatorio existente en el uso contrahegemónico y decolonial del derecho por parte de grupos humanos como los pueblos indígenas que desde tiempos de la conquista fueron víctimas de la violencia institucional y la exclusión y todavía hoy día tienen que confrontar situaciones análogas de despojo y discriminación (Yrigoyen 2021a, 2021b; Castro-Gómez y Grosfoguel 2007; Grosfoguel 2019, 2021; Santos y Rodríguez-Garavito 2005; Rodríguez-Garavito 2011a; Santos 2009; Rajagopal 2006; Falk et al. 2006)²⁵¹. El reto para la juridificación de la política indígena entonces es lograr que estas ontologías caracterizadas por una relación bidireccional entre cultura y territorio donde identidad y naturaleza se entremezclan (Escobar 1998, citado por Roa-García et al. 2015) y las epistemologías del derecho propio sean reconocidas y articuladas por un derecho hegemónico que en la actualidad continua operando en gran medida con categorías jurídicas racializadas que excluyen a los pueblos indígenas y que dan un lugar preferente al conocimiento occidental (Sieder 2020a, 2020b; Fariñas 2020; Martínez de Bringas 2020; Martí 2020; Santos 2009).

Como señalan Salas y Faundes, en última instancia la juridificación de la política indígena está desafiando la justicia formal instaurada por las democracias

²⁵⁰ En este sentido, el objetivo de la juridificación no es solo buscar un mayor reconocimiento del derecho propio por parte del derecho del Estado e internacional, sino también movilizar y repensar el derecho propio para garantizar su supervivencia (Sieder 2020a).

²⁵¹ Yrigoyen sostiene que no es cierto que haya terminado el colonialismo y que solo perdure de los procesos históricos de colonialismo una forma de organización del poder, del ser, del saber, conocida como colonialidad (Quijano 2014), que supone una relación de superioridad e inferioridad. Por el contrario, en la actualidad se reproducen nuevas oleadas de colonialismo que amenazan los derechos de los pueblos indígenas y el ejercicio del pluralismo jurídico igualitario (Yrigoyen 2021b).

multiculturalistas y el neoconstitucionalismo en Latinoamérica, quienes han amparado la nueva oleada extractivista del capitalismo global y la criminalización de la protesta social indígena, para poner sobre la mesa la necesidad de transitar hacia una justicia intercultural en donde la garantía de los derechos y la autodeterminación de los pueblos indígenas como sujetos políticos pueda ser verdaderamente efectiva. Este tránsito comporta realizar una refundación del Estado, avanzar hacia un pluralismo jurídico igualitario y garantizar que los pueblos indígenas tomen parte activa de los procesos constituyentes (Salas-Astraín y Faundes 2018).

3. Efectos de la juridificación de la política.

Al presentar los estudios sobre los efectos del uso del derecho y los tribunales de justicia por parte de los movimientos sociales con el propósito de lograr transformaciones sociales, políticas y jurídicas que permitan materializar sus demandas, es inevitable empezar haciendo referencia al debate teórico y metodológico que se produjo entre Rosenberg (enfoque positivista-neorrealista, explicaciones causales) y McCann (enfoque interpretativista-constructivista, explicaciones constitutivas) respecto a la movilización legal del colectivo afroamericano en los Estados Unidos para poner fin a la segregación racial vigente dentro del sistema público de educación. Desde interpretaciones del caso *Brown v. Board of Education* diametralmente contrapuestas, ambos autores mantuvieron un intenso diálogo para defender sus respectivas posiciones.

3.1. Enfoque neorrealista o positivista.

Por un lado, Rosenberg sostiene que a pesar de suponer una victoria en la Corte Suprema de los Estados Unidos, la resolución judicial del caso *Brown* tuvo para el movimiento afroamericano y por los derechos civiles un bajo impacto en cuanto a reducir la segregación racial en la educación pública y es desde esta constatación que Rosenberg define la esperanza puesta en los tribunales como propulsores del cambio social como una esperanza en vano (Rosenberg 1991)²⁵². Rosenberg considera que la estrategia de

²⁵² Esta mirada escéptica hacia los efectos de los litigios como transformadores de la realidad social es compartida por otros autores (Galanter 1974; Scheingold 2004; Tushnet 1987 y McCloskey 1994).

litigar para lograr cambios sociales es una estrategia ineficaz por un doble motivo: en primer lugar, porque los tribunales de justicia son foros conservadores donde se defiende el *status quo* e históricamente han dado cobertura a una desigual distribución de poder, recursos y oportunidades²⁵³; y en segundo lugar, porque en el reducido número de casos en los que se han obtenido sentencias favorables de parte de las cortes, éstas no siempre son completamente implementadas y no solo no han generado los cambios deseados, sino que con frecuencia han provocado una contramovilización (*backlash*) por parte de grupos opositores a esos cambios de forma que se crea un clima de mayor tensión política que termina erigiéndose en un obstáculo insuperable –y en ocasiones en un retroceso– en el camino hacia el cambio social (Rosenberg 2005). Es por este motivo que Rosenberg sostiene que las posibilidades de generar una transformación social dependen más de las alianzas y apoyos políticos que pueda recabar un movimiento social –tanto en las calles como en los despachos del gobierno y las cámaras legislativas donde se adoptan las decisiones de la *res publica*– que de la propia acción judicial²⁵⁴. Para Rosenberg, los tribunales serían reacios a acoger demandas sociales transformadoras porque carecen de la autoridad y competencias suficientes para impulsar políticas públicas reformistas y hacer implementar sus decisiones debido a que la ejecución de las resoluciones judiciales depende en gran medida de la voluntad del poder Ejecutivo y Legislativo. Consecuentemente, Rosenberg se muestra crítico con la movilización legal centrada en los tribunales, no solo por su ineficacia para generar cambios sociales, sino también por drenar los recursos de los movimientos sociales y retardar las posibilidades de encontrar un camino más rápido hacia la transformación social debido al coste y lentitud que

Scheingold considera que incluso en los casos en que los litigantes consiguen que el tribunal reconozca alguno de los derechos invocados, ese logro es en realidad superfluo ya que los tribunales no tienen la capacidad de hacer ejecutar lo juzgado ante ciertas resistencias ni de monitorear su implementación, por lo que las victorias en los tribunales no son más que la antesala de la verdadera lucha que tiene lugar fuera de los palacios de justicia y que es contingente a la distribución del poder en la sociedad (Scheingold 2004). Galanter además enfatiza que existen pocas posibilidades para los movimientos sociales de ganar los litigios ya que existen sesgos estructurales a favor de las élites en las legislaciones domésticas y los jueces acostumbran a ponerse del lado de los intereses de los ricos y los poderosos (Galanter 1974). McCloskey considera que los tribunales operan en base a la legitimidad popular por lo que es de prever que no se posicionen ni muy por delante ni muy por detrás de la opinión pública mayoritaria en un territorio ya que de lo contrario su reputación podría quedar en entredicho ante el rechazo social y el incumplimiento de sus órdenes (McCloskey 1994).

²⁵³ Esta crítica es compartida por Scheingold quien considera que el estudio de la movilización legal en sentido estrecho comporta unas expectativas exageradas depositadas en las resoluciones de los tribunales como motores del cambio social por sus inclinaciones conservadoras (Scheingold 2011).

²⁵⁴ Esta opinión es compartida por Niezen, quien señala que los procesos de juridificación no empoderan a los grupos vulnerables sino a los que tienen un mayor apoyo social y político, y este con frecuencia no sería el caso de los pueblos indígenas, tantas veces invisibilizados y alejados de los núcleos urbanos y los centros de poder (Niezen 2013).

comportan los procesos judiciales, así como por suponer una amenaza para la consecución de los objetivos de las demandas ciudadanas debido a que los abogados se apropian de las agendas de los movimientos sociales y las utilizan a su conveniencia para ganar los casos en los estrados de los juzgados sin considerar necesariamente el propósito de alcanzar transformaciones reales que puedan materializarse al exterior de los muros de los palacios de justicia y plasmarse efectivamente en la política y en la sociedad²⁵⁵. Para Rosenberg, ubicar la movilización legal en los tribunales es poner el foco en una lucha simbólica cuando el punto de mira debería estar puesto en formas de acción colectiva de naturaleza más rotundamente política ya que los tribunales no lideran los cambios políticos y culturales sino que son un reflejo de los mismos. En este sentido, Rosenberg entiende que la conversión de las demandas políticas en términos jurídicos supone estrechar el campo disponible para la acción colectiva y la exclusión de las demandas más militantes de los foros donde se dirimen los conflictos políticos (Rosenberg 2005).

3.2. Enfoque constructivista o interpretativista.

Por otro lado, McCann crítica que el enfoque positivista-neorrealista busca únicamente explicaciones causales lineales e unidireccionales respecto a cómo las resoluciones judiciales (variable independiente) son capaces de producir cambios sociales (variable dependiente). Desde el enfoque interpretativista-constructivista, el positivismo asume una mirada demasiado estrecha y dicotómica en su análisis de los efectos de la movilización legal y excluye de su análisis los efectos que no están directamente asociados a las pretensiones de los accionantes. Para la corriente interpretativista-constructivista, el positivismo-neorrealismo adopta una mirada demasiado reduccionista e incluso elusiva respecto al estudio de las causas que mueven la acción política, las cuales no pueden circunscribirse fácilmente en variables aisladas y cuantificables. Por el contrario, el enfoque interpretativista-constructivista aborda los efectos de la movilización legal desde una mirada más amplia y multidireccional, incorporando las complejas y múltiples formas en que las resoluciones judiciales influyen en los valores,

²⁵⁵ Das ya había alertado del peligro de alienación que suponen los procesos de juridificación para los pueblos indígenas en el sentido de que la representación de sus intereses en terminología jurídica por parte de sus interlocutores -jueces, abogados o antropólogos- abre la posibilidad de silenciar su propia voz y construir representaciones que se distancien de las ontologías y expectativas de los accionantes indígenas (Das 1989, citado por Kirsch 2012).

objetivos, razonamientos y discursos de los movimientos sociales. La conducta de los movimientos sociales frente a las resoluciones judiciales no se produce de forma mecánica y reactiva como sostienen los positivistas-neorrealistas, sino que por el contrario, sería plural y no lineal. Consecuentemente, el interpretativismo-constructivismo estima que es necesario comprender las dinámicas e interrelaciones entre múltiples variables para explicar los efectos del derecho y de los tribunales en los cambios sociales y políticos. Es por ello que McCann considera que las resoluciones judiciales no pueden estudiarse como causa unidireccional, medible e independiente de los cambios sociales y políticos. En otras palabras, no tiene sentido la pretensión de encontrar explicaciones consecuencialistas o causales unidireccionales que permitan sostener predicciones acerca de los resultados de la movilización legal, sino que por el contrario, se debe evaluar la relación bidireccional y de influencias mutuas entre el derecho y las luchas sociales. Por consiguiente, McCann defiende también la necesidad de encontrar las explicaciones relacionales o constitutivas que expliquen la manera en que diferentes colectivos humanos comprenden y negocian las diferentes instituciones jurídicas. Los tribunales de justicia son uno de los foros donde el significado y alcance del derecho se construye, disputa y reconstruye y si bien la autoridad de los tribunales puede ser incapaz de hacer cumplir sus resoluciones, ello no debería ser un obstáculo para reconocer que pueden igualmente ejercer una gran influencia en la comprensión del derecho por los ciudadanos y en la elección de las acciones y disputas políticas a desarrollar. Desde el enfoque interpretativista-constructivista, se defiende que el derecho y las resoluciones judiciales no son una variable determinante e independiente que permita explicar por sí misma los cambios sociales y debe superarse el enfoque positivista-neorrealista que constriñe las manifestaciones del derecho a resoluciones judiciales, la autoridad del derecho al cumplimiento de las decisiones judiciales y las dinámicas de los procesos judiciales a la capacidad de cumplimiento de las sentencias. McCann se muestra crítico también con quienes sostienen que la juridificación de las demandas políticas comporta un desincentivo o socavación para los intereses de la acción colectiva y la movilización política como si derecho y política transitaran por caminos diferentes. Para McCann los efectos de la movilización legal van más allá de la acogida o rechazo de la pretensión de los accionantes por parte de los jueces y además son contextuales en el sentido de que dependen de las instituciones y relaciones de poder que rigen en una sociedad y que es necesario comprender considerando que son siempre relaciones complejas, dinámicas, ambiguas e interactivas (McCann 1996). Para McCann, la movilización legal comporta

un proceso dinámico y cambiante pero que puede resultar eficaz para denunciar la discriminación que padecen ciertos colectivos, repensar los conflictos sociales, desarrollar nuevas mentalidades y principios éticos, y progresar en el camino hacia el cambio político y social (McCann 1994, citado en Dugard 2022). En consecuencia, McCann estima que los efectos indirectos de los litigios y del activismo judicial pueden ser más importantes que los propios efectos directos en los que se centran los neorrealistas: si bien la victoria en los tribunales puede no traducirse en cambios sociales inmediatos, como en el caso *Brown v. Board of Education*, sí puede contribuir a redefinir los términos en que se dirimen las luchas entre grupos sociales en el corto y largo plazo (McCann 1994; Rodríguez-Garavito 2011b; Dugard y Langford 2011).

3.3. Enfoque neorrealista v. constructivista: una valoración.

En conclusión, hemos señalado que el estudio de los efectos de la movilización legal es abordado principalmente desde dos corrientes teóricas contrapuestas: por un lado, la corriente positivista, materialista o neorrealista, que recurre a variables cuantificables y a un enfoque legalista para estudiar los efectos materiales directos de las resoluciones judiciales²⁵⁶, en donde predomina una mirada estrecha y escéptica respecto a los cambios sociales que puedan generarse con las estrategias de litigio y que entiende las derrotas judiciales y la falta de implementación de las sentencias favorables como la prueba irrefutable de la ineficacia de la movilización legal centrada en los tribunales para generar cambios y empoderar a los movimientos sociales²⁵⁷, advirtiendo además del riesgo de que en el peor de los casos pueda despertarse una contramovilización conservadora que conduzca a resultados todavía más adversos para los reclamos de los grupos subalternos²⁵⁸; y por otro lado, una corriente interpretativista-constructivista que utiliza variables cualitativas para considerar también los impactos indirectos y simbólicos de las resoluciones judiciales y que se muestra más optimista respecto a los efectos que pueda tener la judicialización de los conflictos sociales ya que existe un potencial para el

²⁵⁶ La eficacia del litigio se mide en la corriente neorrealista a partir de un test de causalidad que explica o no la generación de cambios de conducta en las partes concernidas.

²⁵⁷ Desde este enfoque se considera la persistencia del modelo neoliberal (Moyn 2018) y de la segregación racial en los colegios estadounidenses (Rosenberg 1991) como la evidencia de la impotencia transformadora de la movilización legal centrada en los tribunales.

²⁵⁸ Otros efectos adversos que pueden derivarse de una estrategia de judicialización victoriosa pueden ser una interpretación estrecha del derecho y una desmovilización de los grupos subalternos (Dugard y Langford 2011).

empoderamiento de los movimientos sociales independientemente de que los litigios terminen en victoria o derrota²⁵⁹. Esta corriente considera la movilización legal como un proceso esencialmente político más que legal²⁶⁰ y es por ello que evalúa los efectos de la movilización legal desde un enfoque más amplio, considerando no solo categorías inherentemente jurídicas y los resultados del juicio, sino incorporando también en el análisis categorías relativas a las afectaciones producidas en los movimientos sociales como cambios de mentalidad, construcciones sociales colectivas y concienciación de ser sujetos de derechos (*power within dimension*), conversión y articulación de necesidades y expectativas en reclamaciones de derechos (*power to dimension*), capacidad de establecer alianzas y ampliar la base social y el apoyo público de una causa (*power with dimension*), y capacidad de articular una visión contrahegemónica y más garantista de los derechos humanos y de cómo debería ser la igualdad, reenfocando la exclusión y las problemáticas sociales como violaciones de derechos humanos (*reframe*) y

²⁵⁹ Desde esta corriente, la derrota en los tribunales no impide que la movilización legal pueda tener efectos sociopolíticos (e incluso legales) positivos (McCann 1994 y McKinley 2008, citado por Dugard 2022). Así, la victoria en los tribunales no se considera un requisito para el cambio social y político deseado por los grupos subalternos y la existencia de efectos no materiales en la movilización del derecho como agente politizador hace que no pueda plantearse la valoración de un proceso de judicialización en términos binarios –ganar o perder– como hace la corriente materialista. Dugard y Langford ponen como ejemplos los casos de Mazibuko y Joseph en Sudáfrica. En el primero, la movilización legal en los tribunales no logra una sentencia favorable para garantizar la accesibilidad de los servicios de agua potable en ciertas áreas de Johannesburgo y en cambio es la movilización social y la presión política la que consigue que las autoridades adopten las medidas necesarias para asegurar la provisión de estos servicios. En contrapartida, en el caso Joseph, se obtiene una sentencia favorable relativa a la provisión de servicios eléctricos, que permite visibilizar el problema de las tarifas y los cortes de la electricidad, reconocer un nuevo derecho y sentar un precedente jurisprudencial, pero sin embargo la sentencia y la provisión de servicios eléctricos no son implementados porque la municipalidad decide no invertir dinero en reparar la infraestructura de distribución eléctrica maltrecha. Es por ello que se sostiene que la corriente neorrealista tiene un enfoque demasiado legalista que sobredimensiona la agencia de los accionantes y el litigio y subestima el poder dominante de las estructuras. La constatación de las dificultades de generar cambios estructurales a partir de las resoluciones judiciales no implica negar la utilidad del litigio como instrumento de empoderamiento y catalizador de los movimientos sociales que permite, consecuentemente, modificar la distribución de fuerzas entre los actores y la propia política. Es por ello que desde la corriente constructivista se defiende lo que algunos llaman *litigation* + para referirse al hecho de que las posibilidades de materializar las transformaciones pretendidas por una movilización legal son más altas cuando las estrategias de judicialización son acompañadas por una amplia y fuerte movilización socio legal. En cuanto a los resultados del juicio, se observa que estos son siempre complejos, impredecibles y contextuales y que no puede decirse que si la movilización legal satisface un catálogo de criterios y condiciones los resultados vayan a ir en una dirección u otra. A partir de los casos mencionados, cuestionan categorías como la naturaleza del sujeto accionante (organización especializada v. individuos dispersos) o de los reclamos (planteados en términos de interés público v. daños particulares), la necesidad de estrategias de largo plazo, la necesidad de coordinación entre los diferentes actores que se movilizan, el *timing* de la acción (esperar un ambiente propicio, ganar tiempo para recopilar pruebas o agotamiento previo de la vía política), y la necesidad de informes y estudios para sustentar las demandas, la fundamentación y caracterización del caso ante la sociedad y los tribunales como violación de DF (Dugard y Langford 2011; Dugard 2022).

²⁶⁰ A pesar de invocar normas jurídicas, la movilización legal tendría que ver más con la política y las relaciones de poder y menos con el derecho y las decisiones judiciales (Dugard 2022).

reestructurando el debate público²⁶¹ y las luchas sociales, poniendo en la agenda y debates públicos las demandas de los grupos subalternos, revigorizando el movimiento social, confrontando el poder hegemónico y, en definitiva, cambiando los discursos sobre la dignidad humana y las relaciones de poder precursoras del cambio social y político y del progreso en la construcción de nuevas formas de pensar y abordar los conflictos (power from dimension) (Dugard 2022). En base a estas categorías es que los autores que sostienen esta mirada defienden que la movilización del derecho constituye fundamentalmente un instrumento político y una fuente de empoderamiento disponible para los movimientos sociales y sus agendas transformadoras del orden neoliberal (McCann 1994, 1996; Rosenberg 2005; Rodríguez-Garavito 2011b; Dugard y Langford 2011; Dugard 2022; Langford 2008; Scheingold 2004; Eckert 2012; Eckert et al. 2012; Clark 2017). Desde esta óptica, se entiende que los logros obtenidos por los grupos marginados a través de procedimientos legislativos o judiciales no pueden considerarse una anomalía de un ordenamiento que favorece siempre a los grupos hegemónicos (Santos y Rodríguez-Garavito 2005). Si bien las victorias pueden ser frágiles por su carácter reversible e incierto, no dejan de ser una manifestación del potencial que presenta el uso del derecho para desafiar el orden neoliberal, reducir la exclusión y dominación, y avanzar en el camino del cambio social (Roa-García et al. 2015).

Varios trabajos han tratado de hacer una categorización de las diferentes tipologías de efectos de la movilización legal: Rodríguez-Garavito distingue entre efectos directos materiales (orden política del tribunal); directos simbólicos (reenfoque del asunto por la cobertura mediática); indirectos materiales (intervención de nuevos actores en el debate); e indirectos simbólicos (cambio en la percepción y opinión pública sobre una cuestión, posible legitimación de las demandas y fortalecimiento del poder de negociación de los movimientos sociales) (Rodríguez-Garavito 2011b). Dugard y Langford todavía hacen más compleja su categorización y distinguen entre efectos materiales directos del juicio (cambios en las condiciones materiales, el derecho o las políticas ordenadas por los tribunales); efectos materiales indirectos del juicio (cambios en las condiciones materiales producidos de manera indirecta al procedimiento judicial); efectos materiales de la movilización legal (empoderamiento); efectos de empoderamiento resultado del juicio

²⁶¹ Murthy destaca cómo a pesar de cosechar derrotas judiciales en sentido estrecho, la movilización legal ha sido capaz de poner en la agenda pública y sobre la mesa del legislador la demanda del derecho humano al agua logrando que los decisores políticos adoptasen medidas para satisfacer estos reclamos a raíz del caso *Lyda* (Murthy 2016, citado por Dugard 2022).

(aumento de la visibilización del problema; diseminación de información pública respecto a problemas estructurales; redefinición de los fundamentos del juicio en términos de problemas, posibilidades y precedentes; promoción de la legitimidad y autoridad de los reclamos de derechos; consolidación de una plataforma para presentar quejas; incremento de las opciones estratégicas disponibles para la sociedad civil; cambios en las actitudes de la sociedad civil hacia la movilización de los derechos humanos) y efectos de empoderamiento de la movilización legal (construcción de alianzas y coaliciones y reclutamiento de activistas; sensibilización hacia un problema en la opinión pública y los medios de comunicación; politización del problema y monitorización de las órdenes judiciales para respaldar un mayor cumplimiento de las mismas) (Dugard y Langford 2011)²⁶².

En definitiva, en el debate entre Rosenberg y McCann se ponen de manifiesto algunas de las principales diferencias existentes en la literatura que guardan relación con i) enfoques metodológicos estrechos v. amplios respecto al estudio de los efectos de la movilización legal (el neorrealismo analiza las sentencias como causa directa de los cambios que se producen en las políticas públicas y en la conducta de los diferentes actores involucrados en una controversia; el constructivismo en cambio se nutre de explicaciones constitutivas para evaluar también los efectos simbólicos de los litigios); y ii) comprensiones teóricas de los efectos de la movilización legal que se mueven -en diferentes graduaciones- entre el sometimiento y el empoderamiento de los movimientos y demandas sociales²⁶³. A nivel regional y en relación a la juridificación de la política indígena, también es posible contrastar estas diferentes posiciones.

²⁶² Eckert focaliza en los efectos simbólicos indirectos y sostiene que el movimiento indígena puede salir fortalecido aun perdiendo el litigio gracias a la difusión horizontal de ciertas interpretaciones del derecho que se mezclan con los intereses y expectativas propias y que pueden conducir a reafirmar ciertos valores frente a prácticas dominantes que los excluyen (Eckert 2012).

²⁶³ De todas maneras, un punto de encuentro entre Rosenberg y McCann reside en la opinión compartida de que los sistemas jurídicos operan para mantener el estatus quo y hacer cumplir el orden establecido, por lo que las estrategias de juridificación nunca serían suficientes por sí mismas para lograr objetivos políticos transformadores en la medida en que los efectos de las acciones jurídicas dependen de una variedad de factores contextuales extralegales (McCann 1996).

4. Efectos de la juridificación de la política indígena.

En cuanto a los efectos específicamente referidos a la juridificación de la política indígena, es posible identificar también posiciones encontradas en la literatura:

4.1. El Derecho como instrumento de dominación.

En un extremo están aquellos trabajos que entienden la juridificación de la política como un instrumento de dominación, enfatizando que el protagonismo del derecho y la fragmentación del pluralismo jurídico global facilita el neocolonialismo y el despojo extractivista²⁶⁴, privilegia el conocimiento tecnócrata obviando lo inconmensurable y tiene un efecto desmovilizador y despolitizador al reducir el espacio disponible para la acción colectiva y las demandas de los grupos subalternos (Comaroff y Comaroff 2006; Fay 2013; Hirschl 2004; Goodale 2017; Randeria 2007, citado en Sieder 2020a; Wences 2019; Koskenniemi 2009, citado en Handmaker 2019; Mattei and Nader 2008, citado en Goodale 2017; Das 1989, Dirlik 2001, citados en Kirsch 2012; Martínez de Bringas 2020; Sultana i Loftus 2012; Donahoe 2012)²⁶⁵, genera mayor inseguridad jurídica respecto a los derechos de la ciudadanía y dificulta la posibilidad de exigir responsabilidad jurídica a los gobiernos (Eckert et al. 2012).

En *Law and disorder in the postcolony*, Comaroff y Comaroff denuncian cómo el protagonismo del derecho y los intentos del Norte global y de las instituciones que dirigen la economía mundial (Banco Mundial, Organización Mundial del Comercio) por “democratizar” el Sur global promoviendo Estados de derecho, se han limitado en realidad a instaurar regímenes multipartidistas, fomentar cierto desarrollo de la sociedad

²⁶⁴ Este neocolonialismo -resultante de procesos de juridificación que operan con frecuencia al servicio de los intereses de las élites políticas y del capital privado- ha comportado no solo el “saqueo” de los recursos naturales ubicados en los *territorios de la diferencia* (Mattei y Nader 2008, citado en Goodale 2017), sino también un recrudecimiento de la violencia que padecen los pueblos indígenas y defensores medioambientales, lo que lleva a Comaroff y Comaroff a definir el *lawfare* o juridificación como necropolítica (Comaroff y Comaroff 2006). Estos efectos de los procesos de juridificación permiten identificar un aprendizaje perverso: existe un derecho del más fuerte económicamente que prevalece y se impone sobre derechos humanos básicos ya reconocidos (Berraondo 2013). Por consiguiente, como el reconocimiento de los derechos indígenas es subsumido en un paradigma neoliberal globalizador, se diluye así todo su potencial transformador y emancipatorio en beneficio de los pueblos indígenas y se construye un multiculturalismo/interculturalismo aparente, neoliberal, que profundiza la desigualdad (Ramírez 2014).

²⁶⁵ Esta crítica a la movilización del derecho por ineficaz y desmovilizadora es compartida desde la izquierda política (Moyn 2018, Gabel 1984 y Kennedy 1986, citados por Dugard 2022).

civil y, al mismo tiempo, garantizar una privatización sin límites de los bienes comunes que ha conducido a una acumulación de riqueza por parte de las élites y los grupos poderosos, al despojo de los grupos más desfavorecidos y, en definitiva, a la profundización de las desigualdades sociales, tanto al interior de los Estados como entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo (Comaroff y Comaroff 2006)²⁶⁶. Comaroff y Comaroff reprochan que si bien el uso estratégico del derecho puede ser accionado tanto desde arriba como desde abajo, los efectos de la contienda política por medio de instrumentos jurídicos son casi siempre desiguales ya que los grupos vulnerables y marginados acostumbran a fracasar en la protección y consecución de sus intereses mediante la movilización del derecho. Es por esta razón que Comaroff y Comaroff definen los tribunales de justicia como un lugar utópico donde pretender encontrar el cambio que persiguen los grupos vulnerables (Comaroff y Comaroff 2006).

Otros autores inciden en esta idea: Niezen cataloga los derechos humanos como una gobernanza utópica y un idealismo romántico (Niezen 2013); Goodale define la era de los derechos humanos como un periodo de utopía incapaz de prevenir la actual proliferación de conflictos violentos, de reducir la profundización de las desigualdades en el mundo o de construir una ciudadanía global fundamentada en el respeto de los derechos humanos y de la diversidad étnica y moral. Goodale además critica que la adopción de estándares internacionales de derechos humanos no tuvo como finalidad el que estos pudieran ser invocados en los tribunales de justicia para materializar transformaciones sociales o políticas promovidas por los movimientos sociales²⁶⁷ y denuncia que categorías jurídicas de naturaleza universal como los derechos indígenas están siendo utilizadas de forma creativa para amparar el avance del despojo capitalista (Goodale 2017). En *Strategic Litigation as a Framework for the Protection of Indigenous Rights. An Analysis of Some of the Achievements, Difficulties and Challenges Involved*,

²⁶⁶ Comaroff es uno de los antropólogos influenciados por la teoría marxista que sostienen que los cambios legales responden a cálculos y estrategias de las élites políticas y económicas para consolidar su poder (Roa-García et al. 2015). Fay comparte esta mirada crítica respecto a los efectos que puede tener el uso del derecho y los tribunales en relación a la posibilidad de transformar las relaciones y distribución de poder entre diferentes actores en un conflicto (Fay 2013).

²⁶⁷ Esta crítica es compartida por otros autores al señalar que los sesgos eurocéntricos del derecho internacional de los derechos humanos suponen una barrera para la movilización legal de los grupos subalternos que pretenden exigir la responsabilidad del Estado por actos discriminatorios en su contra y terminan por constituir un marco de protección para las élites (Mutua 2013; Handmaker y Arts 2018, citados en Handmaker 2019). Koskomienni coincide al señalar los sesgos estructurales del derecho internacional resultado del proceso de fragmentación del mismo y que conduce mediante discursos excesivamente legalistas al debilitamiento del potencial transformador de la retórica de los derechos humanos (Koskomienni 2013, citado en Handmaker 2019).

Martínez de Bringas desarrolla aún más esta denuncia y pone como ejemplo la forma en que se ha instrumentalizado y vaciado la dimensión material de dos derechos fundamentales para la agenda política de los pueblos indígenas como son el derecho a la consulta previa y el derecho a la autonomía. Por un lado, la consulta previa habría sido reducida a un mero procedimiento administrativo y a un derecho de reparación por los daños ocasionados por el colonialismo, de manera que habría pasado de ser una obligación a un derecho del Estado y de las empresas que operan en territorios indígenas (Martínez de Bringas 2020). Además, la instrumentalización y comprensión procedimental de la consulta habría comportado la fragmentación en unidades más pequeñas y cuantificables de la naturaleza colectiva del sujeto a consultar y de las múltiples dimensiones que supone el territorio para los pueblos indígenas como unidad de vida con significancia cultural, económica, simbólica, espiritual y productiva (Martínez de Bringas 2020), así como la omisión de la dimensión sustantiva de la consulta, que no es otra que la de contribuir a garantizar derechos y buscar un consentimiento previo libre e informado de las comunidades concernidas que permita revalorizar visiones contrahegemónicas y la calidad de sujeto político de los pueblos indígenas (Ramírez 2014). Por otro lado, la instrumentalización de la autonomía indígena ha supuesto relegar esta dimensión emancipatoria de la subjetividad política indígena, que permite desarrollar y fortalecer las formas de vida propias, a una mera cuestión de soberanía del Estado y política pública, lo que impide desplegar el concepto de plurinacionalidad entendido como punto de encuentro entre los reclamos territoriales indígenas y las posiciones del Estado y que se concreta en la gestión indígena autónoma de ciertos espacios que trasciende la mera descentralización administrativa (Martínez de Bringas 2020). De esta manera, se diluye, vacía de contenido y neutraliza la dimensión colectiva del derecho de propiedad indígena reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y todo el abanico de derechos interdependientes con el territorio como son el conocimiento ancestral y las formas de vida propia, la soberanía alimentaria, la jurisdicción indígena y el control económico, social y político del territorio. En definitiva, con esta tergiversación del concepto de autonomía, se bloquea la posibilidad de desarrollar los principios rectores de una autonomía indígena rigurosa: la implementación de un amplio pluralismo jurídico que supere la delimitación constitucional de una sola jurisdicción y el propio marco de los derechos humanos; el desarrollo de una plurinacionalidad que permita integrar a los pueblos indígenas en los Estados de manera que se superen las estructuras estatocéntricas; y la consolidación de la

interculturalidad como principio hermenéutico fundamental que rijan las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas (Martínez de Bringas 2020).

Además, alertan de que la juridificación de la política indígena comporta la internalización/vernacularización del derecho hegemónico por parte de los pueblos indígenas mediante procesos *top-down* de difusión de normas²⁶⁸ (Sieder 2020a, 2020b; Eckert et al. 2012; Santos y Rodríguez-Garavito 2005), así como de la posibilidad de que ciertos colectivos se vieran impedidos de hacer uso del derecho por no satisfacer los estándares requeridos para ser categorizado como pueblo indígena, negándoles así el reconocimiento de su personalidad jurídica (Donahoe 2012). En este sentido, Niezen elabora una fuerte crítica a los estándares inconsistentes y excluyentes con los que se ha construido la categoría pueblo indígena desde el derecho internacional (proceso *top-down*) por omitir la forma en que los propios pueblos con sus aliados construyen su identidad colectiva desde abajo (Niezen 2013). Zoettl, por ejemplo, da cuenta de cómo en Brasil el reconocimiento legislativo formal del estándar de la autoidentificación ha

²⁶⁸ El concepto de vernacularización fue acuñado por Merry y hace referencia a la apropiación, redefinición y adaptación de normas, instituciones y términos que circulan globalmente al lenguaje e instituciones jurídicas localmente vigentes (Merry 2006). En otros términos, es la adopción y adaptación de normas universales en contextos locales, un proceso de localización por el que una norma universal se inserta y traslada a la cultura local (Eckert 2012). No obstante, los efectos de la interacción entre los estándares internacionales y la política local son bidireccionales: por un lado, los estándares internacionales transforman la realidad política y social local pero, por otro, los grupos subalternos acomodan y resignifican los estándares internacionales para dar cabida a sus propias aspiraciones y principios de forma que les permitan desafiar el estatus quo y la concepción hegemónica de los derechos humanos (Brinks et al. 2015). Como destacan Brinks et al., los procesos de vernacularización se caracterizan por la posible participación de múltiples actores –movimientos sociales y grupos subalternos, tribunales de justicia y poder Ejecutivo y Legislativo– y si bien las soluciones que se encuentran para las tensiones que se producen entre los estándares internacionales con pretensiones de universalidad y las aspiraciones y valores locales se redactan en términos legales, el proceso en sí mismo es profundamente político. Los tribunales se erigen en actores de vernacularización en la medida en que los palacios de justicia se erigen en espacios donde se dirime la búsqueda de soluciones para estas controversias entre lo universal y lo local y en la medida en que los tribunales interpretan y aplican el derecho conforme a las realidades político-sociales locales (Brinks et al. 2015). Para algunos, sin embargo, los tribunales no son ni el único ni el mejor espacio para encontrar salida a las tensiones propias de los procesos de vernacularización. Esta opinión se fundamenta en que los tribunales asumen un intervencionismo más o menos garantista de los estándares de DF en función de la realidad política-social local del momento. Es decir, se considera que las decisiones judiciales están más influenciadas por la política doméstica que por el lenguaje de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Brinks et al. 2015), especialmente si se consideran los factores que condicionan la toma de decisiones de los tribunales, como pueden ser la dependencia de los otros poderes del Estado para hacer efectivas sus decisiones y no poner en riesgo su credibilidad (Rosenberg 2005; Langford 2017), el procedimiento de designación de sus miembros (Dahl 1957) y las reacciones de la opinión pública a sus mandatos (Epstein-Knight 1998, citados por Brinks et al. 2015). En ocasiones es posible revertir esta situación cuando tribunales supranacionales como la Corte IDH otorgan preponderancia a los estándares internacionales por sobre la política doméstica. Algunos observan este constitucionalismo interamericano de manera positiva al considerar que proporciona decisiones judiciales más garantistas de los derechos humanos y menos constreñidas por la realidad política local (Contesse 2014, Jacobsohn 2010). Otros en cambio, consideran que el protagonismo de los estándares regionales suponen una amenaza para la vigencia de las prácticas y valores locales (Hirschl 2004, citados por Brinks et al. 2015).

sido cuestionado desde la Administración y la judicatura al exigirse ciertos documentos que acrediten la categorización de indígena y darse cabida al estándar de que sean otros quienes adjudiquen o no la identidad étnica de un individuo o colectivo, lo que conduce a la creciente burocratización de la vida indígena, a la movilización del derecho por terceros para desafiar la condición de indígena y a la perpetuación de la necesidad histórica de la población indígena de probar su identidad étnica para poder aspirar a ciertos derechos (Zoettl 2016). Donahoe también denuncia cómo en la Federación Rusa la población indígena tiene que asumir la carga de la prueba de su condición de ser suficientemente “indígenas”, de la condición de sus actividades como suficientemente tradicionales y de la condición suficientemente ancestral de la ocupación de sus tierras²⁶⁹ (Donahoe 2012).

Otra mirada crítica a los procesos de juridificación de la política indígena tiene que ver con el uso desproporcionado o abuso del derecho por parte de los movimientos indígenas para resolver los conflictos que les conciernen, lo que conduce a una hiperlegalización de las demandas de los derechos colectivos indígenas. Además, se cuestiona el uso del derecho como instrumento adecuado para satisfacer las pretensiones que persiguen los pueblos indígenas, superar los desafíos que presenta el engranaje de las sociedades multiculturales y propulsar el cambio de los conflictos políticos y sociales. Es decir, se cuestiona la eficacia y capacidad del derecho para materializar las reivindicaciones que persiguen los pueblos indígenas y se objeta que el derecho es una condición insuficiente e incluso innecesaria para lograr el pleno respeto de la autonomía jurídica y política de los pueblos indígenas pues para lograr tal fin se necesita especialmente de políticas públicas (Langford 2017; Giraud y Carbonell 2008) o que los fallos de los tribunales sean socialmente aceptables y legítimos, ya que es la sociedad en última instancia la que decide la interpretación final de la cuestión indígena en base a los planteamientos ofrecidos por los tribunales (Zoettl 2016).

En cuanto a los procesos de juridificación de la política indígena que han tomado el camino de la judicialización de los conflictos sociales, se constata una crítica de partida por el hecho de que litigar supone i) supeditar la definición del alcance del contenido

²⁶⁹ En el caso de Rusia, la definición de pueblo indígena se aleja de los estándares internacionales y no reconoce derechos de propiedad sino de uso de la tierra y recursos naturales, por lo que la juridificación de la política indígena se ha dirigido a demostrar su estatus de pueblo indígena y reclamar cierto dominio sobre la tierra y acceso a los recursos naturales en lugar de solicitar el reconocimiento de derechos de propiedad territorial (Donahoe 2012).

normativo y de las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas a la interpretación de un tribunal del Estado (Giraud y Carbonell 2008), ii) considerar que los tribunales de justicia no son el escenario apropiado para resolver las disputas sociales (Zoettl 2016) ya que las partes tienen diferentes capacidades, recursos y capacidad de influencia (Bourdieu 1987)²⁷⁰, y iii) la atomización de los pueblos indígenas como sujeto político y la asunción de lógicas individualistas dentro de las comunidades que hacen desvanecer la dimensión colectiva de los pueblos (Martínez de Bringas 2020), así como una crítica de fines por los resultados desiguales e inciertos que las demandas indígenas han recibido en sede judicial, donde se producen vaivenes jurisprudenciales que pueden responder a la falta de independencia del poder judicial o a las presiones que reciben los jueces de parte del Ejecutivo, partidos políticos o poderosos grupos empresariales y donde se abre la puerta a que los magistrados reconsideren las controversias que afectan a los pueblos indígenas desde una mirada completamente ajena y distante de las demandas y derechos indígenas (Zoettl 2016). Zoettl, por ejemplo, narra cómo en Brasil el Supremo Tribunal Federal asume el objetivo político de encontrar un equilibrio entre la garantía de los derechos indígenas y el desarrollo económico del país, por lo que se termina reduciendo la cuestión indígena a una cuestión de cómo abrir el camino a la economía neoliberal (Zoettl 2016). En otras ocasiones, además, las resoluciones judiciales no son siempre respetadas y ejecutadas por los otros poderes del Estado (Berraondo 2013, Langford 2017, Kirsch 2018), lo que ha tenido como resultado que el Ejecutivo recurra a medidas excepcionales del derecho vinculadas a la seguridad del Estado (y al interés general) para suspender las decisiones de los tribunales que declaraban la nulidad de actos administrativos por inconsultos e irregulares en los EIA y promover proyectos extractivistas que amenazan la supervivencia indígena (Zoettl 2016). En *Dilemmas of an Expert Witness in the Amazon*, Kirsch expone las diferentes suertes que ha cosechado la movilización legal del pueblo Akawaio en Guyana y de los pueblos Kaliña y Lokono en Surinam ante la negativa de los Estados a reconocer los derechos territoriales y la personalidad jurídica que reclaman

²⁷⁰ Donahoe denuncia cómo los litigios en la Federación Rusa constituyen procedimientos difíciles, costosos y largos en el que los pueblos indígenas confrontan actores más poderosos teniendo que asumir una elevada carga de la prueba que comporta arduos trabajos de investigación y mapeos para sustentar las alegaciones de vulneraciones de sus derechos habitualmente vinculados a la afectación a sus modos de vida y tierras tradicionales –*naming*– y sus reclamaciones de justicia ante los jueces –*claiming*–. A pesar de que la movilización indígena en la Federación Rusa haya logrado que la legislación incorpore algunas categorías jurídicas vinculadas a un cierto uso preferente de la tierra y los recursos naturales por parte de la población indígena, la elevada carga de la prueba para las demandas indígenas hace que los procedimientos judiciales sean considerados como una carrera de obstáculos y terminan en la mayoría de las ocasiones con la desestimación de los reclamos indígenas por no haber sido capaces de superar el umbral de la prueba en el *naming* y *claiming* de sus acciones judiciales (Donahoe 2012).

estos pueblos. En el caso del pueblo Akawaio, el Estado de Guyana no les reconoce como comunidad tradicional y aprueba la Ley Amerindia en 2006 mediante la cual únicamente se tituló una cuarta parte de las tierras reclamadas por los Akawaio, dejando fuera de las tierras tituladas áreas con recursos básicos para la reproducción de su cultura, así como aquellas tierras que previamente ya habían sido concedidas para la actividad minera a pequeña escala de extracción de oro y diamantes. Se trata de un tipo de actividad minera que emplea dragas hidráulicas y mercurio para la amalgamación del oro y provoca la contaminación de los ríos y la inseguridad alimentaria de los Akawaio. La estrategia Akawaio de reclamar en los litigios sus derechos territoriales para así obtener la protección de sus derechos a un medio ambiente libre de contaminación, a la cultura y a la salud, y consecuentemente, tener la capacidad de expulsar de sus territorios la actividad minera exógena, no fue acogida por los tribunales de justicia que, en base a un esencialismo de la cultura y del ambientalismo de los pueblos indígenas, consideraron que los litigantes no mantenían un estilo de vida tradicional porque ellos también realizaban actividades mineras (artesanales) y no consideraron que los modos de vida tradicional Akawaio también incluían otras tareas comunales, la plantación y recolección de frutos, las relaciones sociales, etc. En definitiva, la brecha de implementación de los derechos reconocidos ha puesto en entredicho la estrategia de juridificación de los pueblos indígenas y los límites del litigio estratégico como propulsor de descolonización, ya que el principal resultado cosechado mediante esta estrategia no ha sido otro que la despolitización y la erosión de la eficacia y legitimidad de los derechos indígenas reconocidos a nivel nacional e internacional (Berraondo 2013)²⁷¹. Es por ello que desde esta crítica se sostiene que la movilización indígena desarrollada exclusivamente como estrategia normativa desde un enfoque de derechos humanos -y vehiculada mediante el litigio estratégico- se muestra infructuosa y debe ser repensada y complementada por otras formas de acción colectiva como la resistencia, protesta o desobediencia civil para poder generar cambios y hacer que los derechos reconocidos sean una realidad más allá del texto de la norma o sentencia. Es decir, deben recuperarse (o fortalecerse) demandas y formas de acción colectiva de naturaleza eminentemente política así como nuevas

²⁷¹ Ello es fruto de que la situación de debilidad de la protección e implementación de los derechos territoriales indígenas en sus diferentes dimensiones (derecho de propiedad, derecho de titulación y demarcación y derecho de restitución, compensación e indemnización) es semejante a la que se vivía con anterioridad a que se produjeran los relevantes reconocimientos jurídicos en el contexto latinoamericano e internacional (Berraondo 2013).

maneras de pensar el litigio estratégico para superar la brecha de implementación (Martínez de Bringas 2020).

Otros se muestran críticos con los frutos cosechados por la juridificación indígena desde el punto de vista de la implementación de los derechos territoriales indígenas ya que poco camino queda por recorrer en el ámbito del reconocimiento formal del derecho. Lograron primero el reconocimiento legislativo y reglamentario de sus derechos y, posteriormente, el reconocimiento jurisprudencial para finalmente encontrarse con que semejantes reconocimientos y garantías jurídicas no son suficientes para gozar de sus derechos (Berraondo 2013; Martí 2020). La brecha de implementación ha generado en los pueblos indígenas desconfianza hacia los poderes del Estado y hacia la administración de justicia²⁷² e incertidumbre respecto a la mejor estrategia a seguir. Es por ello que consideran que es urgente la necesidad de repensar los objetivos de la juridificación de la política indígena. Estos objetivos deberían pasar por cerrar la brecha de implementación mediante la adopción de mecanismos de sanción y coercitivos en el SIDH que promuevan la ejecución de las decisiones de la Corte IDH y la adaptación legislativa a su jurisprudencia y que pongan fin a la impunidad con que actúan las empresas y a la forma determinante en que la voluntad política condiciona la garantía e implementación del derecho (Berraondo 2013). En definitiva, el desafío pendiente que tienen los pueblos indígenas es el de repensar críticamente sus estrategias de juridificación tomando en consideración que i) los derechos positivados no vienen siendo respetados; ii) que los tribunales no son siempre sus aliados (Niezen 2013); y iii) que las resoluciones judiciales favorables no vienen siendo implementadas (Kirsch 2018)²⁷³, y valorar de que forma el

²⁷² Op. Cit. 10 (Crisóstomo-Loncopán 2018a).

²⁷³ Kirsch pone como ejemplo la sentencia de la Corte IDH en el caso del pueblo *Saramaka v. Surinam*, donde la Corte exige al Estado que reconozca la personalidad jurídica y los derechos territoriales del pueblo Saramaka, pero Surinam continua sin implementar los requerimientos de la Corte. Por este motivo y considerando que la Corte IDH carece de mecanismos efectivos de cumplimiento de sus sentencias, con la salvedad de las sanciones de naturaleza económica, el propio autor se muestra escéptico de los efectos que pueda tener la victoria judicial de los pueblos Kaliña y Lokono en otro caso concerniente al Estado de Surinam en la Corte IDH en 2015. Se trata de un caso en que el Estado utiliza el derecho para expropiar tierras indígenas con el fin de crear una reserva natural para la protección de la biodiversidad. Paradójicamente, la creación de la reserva natural no impidió la llegada de proyectos extractivos vinculados a la minería y la explotación maderera que comportaron la pérdida de autosuficiencia de las comunidades, su desplazamiento a núcleos urbanos, la inserción en economías de mercado, la erosión del sujeto colectivo debido a que aquellos que obtienen un salario no comparten el dinero, la desaparición de la reproducción del conocimiento ancestral y, en definitiva, una agresión a la libertad de los pueblos de ejercer sus economías de subsistencia, su cultura y sus modos de vida ancestrales. En este caso la Corte IDH resuelve que la renuencia del Estado a reconocer la personalidad jurídica y los derechos territoriales de estos pueblos constituía una violación del derecho a la propiedad colectiva, de los derechos políticos y del derecho a la protección judicial de estos pueblos amparados por la Convención Americana de Derechos Humanos. Entre las medidas de reparación, la Corte insta al Estado a demarcar y titular el derecho de propiedad colectiva

uso del derecho podría convertirse efectivamente en un catalizador emancipatorio y no de dominación, fortaleciendo la eficacia jurídica de los derechos reconocidos, promoviendo el camino hacia Estados más igualitarios y superando la tergiversación y amortiguación del discurso de derechos humanos por el paradigma neoliberal que ha tornado los derechos indígenas en ilusorios (Ramírez 2014). Esta apropiación del lenguaje y los principios de los derechos humanos por el paradigma neoliberal con fines de dominación²⁷⁴ constituye una política de derechos humanos que está obstaculizando la fuerza normativa de los derechos indígenas (Baxi 2012). Es por ello que el desafío para la juridificación de la política indígena en la actualidad es encontrar la manera de reapropiarse de los derechos indígenas, impregnándolos de nuevos significados y alcances desde una mirada propia, para así construir una política para los derechos humanos que permita superar la brecha de implementación y la regresión en la protección y garantía de los derechos (Baxi 2012), de forma que el derecho pueda erigirse en un lugar donde reafirmar y realizar valores y expectativas propios (Eckert 2012, Eckert et al. 2012) y deconstruir el imperialismo normativo (Baxi 2012).

4.2. El Derecho como instrumento de emancipación.

En el extremo opuesto se encuentran los autores que, sin dejar de ser conscientes de los diferentes efectos y límites que pueden presentar los procesos de juridificación, abogan en cambio por destacar desde diferentes graduaciones y matices el potencial emancipatorio y contrahegemónico que el uso estratégico del derecho y de los tribunales ofrece para la movilización política de los pueblos indígenas²⁷⁵. Es decir, reconocen la

de estos pueblos; a otorgarles derechos de acceso, uso y participación en la gestión de las reservas naturales; a rehabilitar las zonas afectadas por la minería y a desarrollar garantías de no repetición que puedan extenderse a todos los pueblos indígenas y tribales del país (*Pueblos Kaliña y Lokono v. Suriname*. 2015. Corte IDH. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Series C. N° 309) (Kirsch 2018).

²⁷⁴ Algunos autores hablan de colonización de los derechos humanos para referirse a este proceso (Gear 2010, citado por Baxi 2012).

²⁷⁵ En relación al derecho, Kirsch señala que los resultados de los procesos de juridificación pueden ser diversos: i) la internalización de normas ajenas y del discurso de derechos humanos (proceso *top-down*) que constituye un nuevo recurso político para la movilización indígena. En el caso del pueblo Yonggom, internalizan el concepto occidental de derecho de subsistencia para litigar la pretensión indígena de mantener una relación con el territorio productiva y culturalmente significativa en un contexto de impacto ambiental por la actividad minera y posteriormente conseguir un mayor poder de negociación y reclamar mayores compensaciones; ii) la creación de precedentes y normas híbridas (proceso *bottom-up*) a partir de una adopción del discurso de derechos humanos que se moldea para dar cabida a ontologías y prácticas culturales propias, como la hibridación del concepto libertad, el cual se vincula a la reproducción de prácticas y valores culturales en el caso de los pueblos Lokono y Kaliña para sustentar sus derechos territoriales y desafiar exitosamente ante la Corte IDH al principio del Common Law que solo reconoce

dualidad de los efectos inherentes a los procesos de juridificación –dominación v. emancipación- pero prefieren explorar el potencial de los segundos. Así, por ejemplo, Rodríguez-Garavito reconoce que la traslación de las demandas indígenas al lenguaje de lo jurídico comporta muchas veces una limitación de lo que puede reclamarse y obtenerse mediante los procesos de juridificación, especialmente si se considera que deben insertarse en la lógica procedimental que domina la gobernanza de la etnicidad. En este sentido, los procesos de juridificación pueden producir una disolución de la política en el derecho, una disolución de las demandas políticas indígenas en aspectos procedimentales del derecho, y una domesticación y alienación de los movimientos indígenas y la subjetividad política indígena, rebajando las exigencias de autodeterminación y consentimiento previo, libre e informado, a demandas de participación y consulta. Esta preponderancia de los aspectos procedimentales en la juridificación de la política indígena y muy especialmente de la consulta previa puede propulsar el papel del derecho como instrumento de conmensuración de la diferencia, es decir, ser una puerta abierta para la negociación y transacción de demandas colectivas y de principios e inconmensurables entre distintos paradigmas de la gobernanza de la etnicidad, pero también puede comportar un fortalecimiento del movimiento y la organización política indígena, una revitalización de la identidad cultural, una invocación de los aspectos

compensación por daños a quienes ostentan títulos de propiedad; y iii) el rechazo de las demandas indígenas por los jueces y, por tanto, el refuerzo de las diferencias normativas, o bien, la elusión de estas diferencias en el procedimiento judicial (Kirsch 2012 y 2018). La elusión de las diferencias puede proceder de diferentes actores y tener diferentes efectos: por un lado, los propios accionantes indígenas al presentar sus demandas en terminología legal, se encuentran ante la disyuntiva de incluir u omitir ciertas formas de conocimiento y construcciones culturales propias. Si optan por la opción omisiva, ello podría dar lugar a la perpetuación y legitimación de la discriminación o invisibilización por parte de las categorías jurídicas hegemónicas; por otro lado, la elusión puede proceder de los jueces, como prueba el caso del pueblo Rongelap, donde la demanda indígena por la pérdida de una forma de vida y del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación como consecuencia de la actividad minera no fue acogida por el tribunal (Kirsch 2012). Sin embargo, la elusión del tribunal no necesariamente debe interpretarse como un revés y un desincentivo para la movilización indígena, ya que sirvió para poner al Estado frente al espejo y frente a sus falencias morales, ubicar la cuestión en el debate público, difundir los derechos a una forma de vida y medio ambiente sano en forma de instrumento político, y lograr mayores compensaciones por el valor de su territorio aunque no fuera explícitamente sobre la base de la vulneración de los derechos invocados, (que no obstante, sí lograron influir implícitamente en la resolución judicial) (Kirsch 2012). En definitiva, acudir a los tribunales no garantiza resultados exitosos para las comunidades indígenas en sentido estricto, pero sí que posibilita en caso de victoria el establecer nuevos precedentes jurisprudenciales que abran la posibilidad de un cambio y contribuyan al proyecto político indígena, o bien, aún en caso de derrota en el palacio de justicia, permite de todas maneras redefinir los términos y el equilibrio de fuerzas con que se desarrolla la disputa política gracias al intercambio horizontal de ideas y demandas entre los pueblos indígenas (Kirsch 2012) e incluso gracias a la difusión de rumores de derechos (Eckert 2012), que terminan empoderando al movimiento indígena y generando nuevas oportunidades políticas (Kirsch 2012). En conclusión, la juridificación permite lograr cambios en el derecho, redefinir las relaciones de poder políticas y económicas (Eckert 2012) y transformar la forma en que los accionantes perciben el mundo y el lugar que ellos ocupan y la manera en que interpretan, aplican y utilizan el derecho (Eckert 2012).

procedimentales de los derechos indígenas (consulta) para defender la dimensión material de los derechos –especialmente en lo que concierne al derecho a la autodeterminación y el ejercicio del control territorial- y cierto grado de contención del avance de la frontera extractivista (Rodríguez-Garavito 2011a). Sin negar lo primero, estos autores prefieren explorar el potencial emancipatorio de los procesos de juridificación. Así, en primer lugar, la judicialización de la consulta por parte de los movimientos indígenas puede contribuir a reducir las asimetrías de poder entre las partes²⁷⁶, a anular la legislación sectorial no acorde a los estándares internacionales, a reconocer la legitimidad activa de las comunidades y a garantizar los estándares de la consulta e incluso a elevar el estándar de la consulta al del consentimiento en ciertas situaciones, cuestiones de las que en última instancia puede depender la supervivencia de un pueblo indígena (Rodríguez Garavito 2011a; Rodríguez 2014). Desde esta mirada se entiende que el estándar internacional para ser reconocido como pueblo indígena es la autoidentificación, por lo que no hay lugar para la exclusión de ningún grupo humano que se reconozca a sí mismo como indígena y que quiera juridificar sus reclamos políticos y sociales. Desde este enfoque, si bien se admite que los procesos de juridificación de la política indígena comportan cierto grado de vernacularización del derecho dominante por parte de las comunidades indígenas, se destaca que el derecho hegemónico no reemplaza a las ontologías que sustentan el derecho propio ni supone el abandono del desafío que las ontologías indígenas plantean al derecho hegemónico (Sieder 2020a, 2020b). En otras palabras, el uso del derecho hegemónico no comporta inevitablemente el debilitamiento y despolitización de la acción colectiva ni la colonización de otras ontologías y modos de vida por el derecho dominante. Por el contrario, en muchos procesos de juridificación se produce una revitalización del derecho propio para confrontar el despojo y colonización territorial y tienen lugar procesos algo más horizontales de difusión de normas y prácticas de gobernanza autóctonas entre pueblos indígenas y sus aliados dentro de las instituciones (sean jueces, fiscales, abogados, etc.), lo que permite promover un mayor reconocimiento del pluralismo jurídico existente al interior de los Estados latinoamericanos (Sieder 2020a,

²⁷⁶ Desde esta mirada, la transferencia de poder de los accionantes indígenas a los abogados que los representan no se entiende como una alienación del movimiento indígena sino como una ventana para su empoderamiento al reducirse la desigualdad de capacidades técnicas con respecto a las empresas y agencias del Estado (Rodríguez-Garavito 2011a). Además, hay que considerar que muchas veces los asesores legales se identifican a sí mismos como activistas y comulgan con las causas de sus representados, por lo que se trata de encontrar el equilibrio entre la defensa legal y el resto de estrategias de los movimientos sociales (Mccammon y McGrath 2015).

2020b)²⁷⁷. Desde este enfoque, por tanto, se entiende que el uso del derecho hegemónico tiene un mayor potencial emancipatorio para los pueblos indígenas que el que ofrecen los mecanismos formales de participación política o las mismas revoluciones y acciones de fuerza (Sieder 2020b; Dugard 2022; Crawford y Andreassen 2013). Desde esta mirada, si bien se admite que el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos y de los procesos de juridificación de la política no ha comportado por completo que hayan dejado de ser objetos de la política (Martí 2020), se destaca que dicho reconocimiento no ha sido en balde (Sieder 2020a, 2020b) y ha sustentado un activismo judicial de los pueblos indígenas que ha logrado que los tribunales de justicia establezcan sentencias pioneras y precedentes jurisprudenciales que permiten avanzar en el reconocimiento y la protección de los derechos, las ontologías y el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas (Fariñas 2020; Kirsch 2018)²⁷⁸. Por medio de estos precedentes jurisprudenciales, la juridificación de las luchas indígenas puede transformar el derecho internacional y doméstico y desarrollar nuevos estándares de derechos humanos (Rajagopal 2009; Kirsch 2018 citados por Sieder 2020a), construyendo así lo que Santos y Rodríguez-Garavito han venido a denominar como legalidades cosmopolitas subalternas (Santos y Rodríguez-Garavito 2005). En conclusión, desde este enfoque el potencial emancipatorio de los procesos de

²⁷⁷ Santos y Garavito denuncian que los paradigmas que sostienen el carácter colonial de los procesos de juridificación solo toman en consideración procesos de difusión de normas *top-down* (Santos y Garavito 2005), que como denuncia Baxi han sido generalmente acordes a los intereses del capital global y han configurado lo que denomina la política de derechos humanos. Este paradigma considera que las transformaciones normativas son unidireccionales e imposibilita evaluar la dialéctica que se produce entre la implementación de la norma y la forma en que ésta es adoptada desde lo local –los efectos constitutivos que suponen transformaciones del significado del derecho y que en palabras de Robert Cover dan lugar a un fenómeno de *jurisgenesis*- y que son los que realmente constituyen en palabras de Baxi una política para los derechos humanos (Cover 1992, citado en Eckert et. al. 2012; Baxi 2012).

²⁷⁸ Kirsch destaca que el uso estratégico de los tribunales puede repercutir en beneficio de los pueblos indígenas ya que la brecha existente entre los reclamos indígenas y la expresión de esos reclamos en el lenguaje jurídico puede generar una oportunidad política de la que salgan nuevos precedentes jurisprudenciales que promuevan el cambio y amparen miradas alternativas de la dignidad humana (Kirsch 2018). Sin embargo, la brecha entre las aspiraciones de justicia por parte de las comunidades y la interpretación jurídica de justicia de parte de los tribunales no puede nunca cerrarse por completo de manera que la consideración del derecho como una arma para los grupos vulnerables será siempre contextual (Eckert et al. 2012; Goodale 2017; Dugard y Langford 2011; McCann 1996) y dependerá del mayor o menor grado en que pueda cerrarse esta brecha, y muy particularmente, del contenido de la norma y de las expectativas que genera en los pueblos indígenas (Eckert 2012) y de las relaciones de poder sociales y políticas existentes entre los diferentes actores (Benda-Beckmann 1991, citada en Eckert et al. 2012). Cuando los procesos de interpretación o traducción impulsados desde la movilización indígena logran ignorar o hacer más borrosas las diferencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos y transformar el derecho mediante procesos de hibridación o sintetización es cuando puede decirse que la movilización indígena ha logrado reducir la brecha y avanzar en el camino de un pluralismo jurídico menos desigual (Eckert et al. 2012).

juridificación no depende exclusivamente de reconocimientos normativos²⁷⁹ ni de victorias judiciales, que difícilmente por sí solos van a detener o incluso ralentizar la oleada extractivista, pero estos sí que son instrumentos que contribuyen a avanzar en el camino hacia la emancipación de los pueblos indígenas y que tienen efectos más allá de lo simbólico (Sieder 2020a, 2020b; Kirsch 2012, Eckert 2012; Ruiz-Molleda 2021; Carhuatocto 2021). Es más, aún obteniendo resultados desfavorables en los litigios, el uso estratégico del derecho y de los tribunales puede reportar efectos beneficiosos para los pueblos indígenas (concepto de *winning by/through losing*): en sentido estrecho, permite romper jerarquías racializadas respecto a quien tiene legitimidad activa y a quien tiene derecho a hablar y a ser escuchado en los tribunales de justicia y permite la posibilidad de mostrar, por medio de peritajes antropológicos, otras formas de entender y ser en el mundo, algunos de los principios éticos subalternos de relacionamiento con el territorio y parte de las epistemologías y ontologías del derecho propio; en sentido amplio, permite en muchas ocasiones empoderar al movimiento indígena por medio de sensibilizar a la población indígena respecto de sus derechos (*power with-in dimension*)

²⁷⁹ Un triunfo de la juridificación de la política indígena ha sido el progresivo reconocimiento de los derechos y ontologías indígenas en las constituciones de diferentes latitudes del mundo y muy especialmente en la región latinoamericana. Yrigoyen da cuenta de las cuatro diferentes etapas del constitucionalismo en la región y de la progresiva positivación de los derechos y ontologías indígenas: i) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), que comportó una serie de reformas constitucionales que reconocieron la composición multicultural de la sociedad y el derecho a la protección de la diversidad cultural, pero no se reconoce la existencia de otros sistemas jurídicos; ii) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005,) en el que los Estados se definen como pluriculturales y se quiebra con el monismo jurídico al reconocer las jurisdicciones indígenas y el derecho de las autoridades indígenas a impartir justicia (Yrigoyen 2011). En este periodo tienen lugar muchas reformas constitucionales que reconocen en diferentes grados derechos colectivos de los pueblos indígenas y el derecho a la autodeterminación (Rodríguez-Garavito 2011a), como por ejemplo la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación (Yrigoyen 2011); iii) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), en el que los Estados reconocen a los pueblos indígenas como naciones antes que como culturas y se refuerza el derecho a la autodeterminación, que se concreta en los derechos a la autonomía y jurisdicción dentro de sus territorios, derechos de participación fuera de sus territorios, y derecho a conformar instituciones mixtas plurinacionales en paridad (Yrigoyen 2011). Este nuevo constitucionalismo o plurinacionalismo postneoliberal, que desarrolla una hibridación entre los saberes occidentales e indígenas incorporando principios clave como el “sumak kawsay” y la “pachamama”, constituye sobre el papel un fundamento desde donde promover el diálogo intercultural y prevenir la exclusión indígena (Ramírez 2014); y iv) el constitucionalismo biocéntrico, la etapa actual en que el proceso de hibridación se desarrolla todavía más y se considera a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que comporta un giro axiológico al reconocer en la naturaleza un valor intrínseco y no instrumental para el ser humano (Ramírez 2014, Yrigoyen 2021b). Fruto de estos procesos, constituciones como las de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Venezuela incorporan la dimensión colectiva de los derechos políticos, territoriales y culturales de los pueblos indígenas (Roa-García et al. 2015). Estos desarrollos normativos han sido criticados por constituir meros reconocimientos formales (Gargarella 2011), mientras que otros los han alabado por suponer un reconocimiento y revalorización de la diversidad y el pluralismo jurídico y económico (Uprimny 2011, citados por Rodríguez-Garavito 2011b).

y establecer alianzas estratégicas con otros actores, ya sean estos locales, nacionales e incluso internacionales (*power-with dimension*) (Dugard 2022).

5. Juridificación de la política indígena en Latinoamérica.

Desde un paradigma de *lawfare* en sentido estrecho o centrado en los tribunales, siguiendo la terminología de Gloppen 2017 y Wilson 2017, en la región latinoamericana ha surgido una creciente literatura que aborda los efectos del litigio indígena y trata de identificar las variables que permiten explicar y mejorar la eficacia de las resoluciones judiciales al tratar de hacer frente a la desigualdad y discriminación estructural que padecen los pueblos indígenas. Es frecuente encontrar en estos estudios términos clave como activismo judicial, litigio estratégico, litigio colectivo (Mccammon y McGrath 2015) o casos colectivos (Rodríguez-Garavito 2011b).

A continuación se presentan los efectos del litigio estratégico indígena en tres países de Latinoamérica: Colombia y Perú, por ser países homologables a Chile en cuanto a desarrollo del Estado de Derecho, tener una política económica fundamentada en el extractivismo y presentar los mayores potenciales de desarrollo hidroeléctrico junto a Chile²⁸⁰; además, se incluye el caso de Guatemala, por ser uno de los países de Latinoamérica con mayor conflictividad hídrica debido a la proliferación de proyectos hidroeléctricos²⁸¹.

²⁸⁰ Según el Informe Mundial de la Pequeña Hidroelectricidad, Colombia tiene un potencial de minihidros de 25.000 MW y solo tendría una capacidad instalada de 214 MW; Perú tendría un potencial de 3500 MW y una capacidad instalada de 363 MW; Guatemala dispone de un potencial de 201 MW y una capacidad instalada de 114 MW; y Chile tiene un potencial de 10825 MW y una capacidad instalada de 488 MW. Hay que tener en cuenta la definición discordante de lo que es una minihidro entre los diferentes países: hasta 20 MW en Perú y Chile, hasta 10 MW en Colombia y hasta 5 MW en Guatemala (Liu et al. 2019).

²⁸¹ Sin embargo, los tres países tienen en común que las masacres de la población indígena no fueron aleatorias sino que fueron pensadas para despojar los territorios de sus habitantes ancestrales y abrir paso al avance de los proyectos extractivos para beneficio de las élites transnacionales y domésticas y de la clase política (Gómez 2014, Padilla 2022).

5.1. COLOMBIA.

La Corte Constitucional de Colombia es una de las más garantistas de la región y no ha dudado en recurrir a sentencias estructurales para tutelar los derechos de los pueblos indígenas. Este activismo judicial ha sido abordado desde dos paradigmas contrapuestos en la literatura: por un lado, desde una mirada crítica del activismo judicial se entiende que estas sentencias estructurales constituyen un intervencionismo inaceptable por suponer una amenaza para la división de poderes, la representación democrática y la posibilidad de abrir los términos en los que se va a mover el debate público debido a que ordenan políticas y programas detallados a los otros poderes del Estado. Así, el activismo judicial es comprendido desde esta mirada como un proceso *top-down* o monológico en el que el poder judicial ordena el qué (reconocimiento de derechos), el cómo (remedios) y el cuándo (plazos de monitoreo) de las políticas a adoptar por el poder Ejecutivo, las reformas a desarrollar por el poder Legislativo y las acciones a seguir por parte de otros grupos de interés. Y precisamente ahí estaría la semilla de su ineficacia y de la falta de implementación de las sentencias: la oposición por parte de los receptores de las órdenes judiciales unida a las propias limitaciones -técnicas y jurídicas- de los tribunales para abordar satisfactoriamente los problemas sistémicos que azotan un país y hacer ejecutar lo juzgado; desde otra mirada, en cambio, se defiende que más allá de las críticas que puedan realizarse al activismo judicial monológico, existe otra tipología de activismo judicial que promueve de manera efectiva la consecución de transformaciones sociales, económicas y políticas como resultado de procesos de judicialización de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, en Colombia autores como Rodríguez-Garavito y Clavijo-Ospina proponen el activismo judicial dialógico como una vía eficaz para reducir la brecha de implementación de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente en casos estructurales donde las violaciones de los derechos indígenas son múltiples, afectan a mucha población y responden a una fallida sistémica en el accionar del Estado y de sus diferentes agencias como garantes de esos derechos, lo que ha comportado con frecuencia la declaración del Estado de cosas inconstitucional y de otras medidas de protección por parte de los tribunales para extender el resguardo de los derechos de los litigantes a toda

la población afectada (Rodríguez-Garavito 2011b)²⁸². Estos autores elogian este tipo de sentencias y activismo judicial especialmente cuando adoptan un enfoque fuerte de protección de derechos, una delimitación de las políticas, medidas y acciones reparatorias abierta a la concreción de parte de las otras agencias del Estado²⁸³, y un fuerte monitoreo y refinamiento de las mismas mediante un amplio debate público y participación de la sociedad civil en audiencias públicas, comisiones, redacción de informes e incorporación de mecanismos de quejas. De esta manera, el activismo judicial dialógico se ubica a medio camino entre la contención judicial y la *juristocracia* y permite profundizar la legitimidad democrática y la eficacia de las resoluciones judiciales, superando los principales obstáculos que confronta el activismo judicial monológico, como son la resistencia de las partes involucradas a acatar las órdenes del tribunal y la falta de capacidad institucional de los tribunales para lidiar con casos estructurales de violaciones de derechos humanos y hacer cumplir sus decisiones. Esta defensa del activismo judicial dialógico se fundamenta en la constatación de que promueve el desbloqueo de políticas públicas anquilosadas por parte de representantes gubernamentales que defendían el *status quo* (*unlocking effect*); la mejora de la coordinación entre las diferentes agencias del Estado respecto a la gobernanza de una materia en concreto (*coordination effect*); la reconsideración de una problemática social y las consiguientes medidas a adoptar desde un enfoque y lenguaje de derechos humanos (*reframing effect*);

²⁸² En Colombia la movilización legal wayúu ha dado lugar a sentencias estructurales cuya implementación está en función de un activismo judicial dialógico con otros poderes e instituciones del Estado y con organizaciones de la sociedad civil. Un referente importante en la región en la defensa de la justicia dialógica es Roberto Gargarella, quien entiende que es necesario que los jueces abandonen su enfoque tradicional de la revisión judicial y, en lugar de limitarse a validar o invalidar la legislación, se comprometan abierta y conjuntamente con los poderes políticos y/o el público en general, en la tarea de la interpretación constitucional. Abrumado por las falencias de las democracias latinoamericanas (exclusión política, económica y social; elitismo del sistema institucional; concentración del poder en la cabeza del Ejecutivo, que distorsiona el sistemas de “frenos y contrapesos”; altas expectativas que generan los derechos sociales formalmente reconocidos y materialmente insatisfechos; perfeccionismo moral y violencia política y social), Gargarella estima que corresponde a los jueces desempeñar el papel de activadores y protectores del poder de decisión y control de la ciudadanía y de los órganos democráticos para hacer frente a estos desafíos y desarrollar unas democracias inspiradas en el ideal deliberativo (Gargarella 2020). En este sentido, las acciones judiciales deberían garantizar las condiciones procesales de las democracias deliberativas mediante la inclusión y participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de los órganos representativos con el fin de garantizar las precondiciones materiales de la democracia (especialmente los derechos económicos, sociales y culturales), restaurar el sistema desequilibrado de frenos y contrapesos, combatir el autoritarismo, y definir y promover remedios estructurales ante violaciones sistémicas de DF. Gargarella pone como ejemplo a seguir de justicia dialógica en la región a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, si bien observa que la figura del estado de cosas inconstitucional ha tratado de reparar graves y masivas violaciones de DF pero no se ha inmiscuido en la tarea de “*restaurar o fortalecer radicalmente los cimientos básicos del sistema democrático*” (Gargarella 2020).

²⁸³ Esta opinión difiere de otros trabajos que proponen una fuerte definición de los remedios por parte de los tribunales para que así haya más garantías de que sean efectivamente implementadas en beneficio de las poblaciones marginadas (Berger 2008, Landau 2012, citados por Brinks et al. 2015).

y, por último, un empoderamiento de la sociedad civil que incorpora en su agenda las órdenes de los tribunales, ejerce de contrapoder y asume una mayor participación en la búsqueda colectiva de soluciones con las que poder nutrir al tribunal (*participation effect*) (Rodríguez-Garavito 2011b).

5.1.1. Caso del río Atrato.

En la presentación ““Epistemología del Agua en la Jurisprudencia Colombiana”, Clavijo-Ospina pone como ejemplo paradigmático de las ventajas del activismo judicial dialógico el caso del río Atrato en la región del Chocó (Clavijo-Ospina 2019). Desde esta mirada, se promueve el caso Atrato como un caso positivo de litigio estratégico que conduce a una mayor protección de los derechos de grupos vulnerables –especialmente comunidades afrocolombianas- y de la naturaleza. El río es la principal vía de comunicación, la fuente de agua para los cultivos, el baño y la bebida, es el espacio de socialización de las comunidades afrocolombianas e indígenas que allí habitan y es el elemento central de prácticas rituales y tradiciones. Sin embargo, el río y estas comunidades, que tenían un montón de necesidades básicas insatisfechas y presentaban uno de los índices de pobreza más altos de Colombia, estaban viéndose amenazados por los efectos de las actividades de la minería criminal desarrollada por grupos armados ilegales, organizaciones criminales y algunos colonos extranjeros durante más de 20 años²⁸⁴. La minería criminal es una actividad altamente contaminante pues utiliza mercurio y cianuro para separar el oro de los sedimentos que constituyen el río; en contacto con el agua, el mercurio se convierte en metilmercurio que es absorbido por los peces, de forma que las comunidades ven como su principal fuente de proteína se llena de tóxicos y deteriora su salud y la capacidad de aprendizaje de los niños. Clavijo-Ospina propone el caso del río Atrato como un modelo de sentencia dialógica a seguir para garantizar la protección constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos a partir de un giro ontológico y epistemológico desde la perspectiva ecocéntrica y la teoría de los derechos bio culturales para colocar al hombre y las entidades naturales en el mismo nivel de protección. Ante la omisión del Ejecutivo y el Legislador y la ausencia de las instituciones del Estado en el territorio, las comunidades interponen la acción judicial con el propósito de que el Tribunal Constitucional ofrezca alguna solución a su situación y

²⁸⁴ Hay que discernir la minería criminal de la minería ilegal que es aquella está en camino de ser formalizada para convertirse en legal (Clavijo-Ospina 2019).

brinde medidas de política pública mediante sentencias estructurales. Si bien se admite los límites que presentan las estrategias de juridificación para transformar discriminaciones e inequidades estructurales de largo recorrido, desde este enfoque se entiende que mediante resoluciones judiciales de carácter estructural y dialógico se puede ordenar la adopción de una serie de medidas y planes a los responsables de esa situación para progresivamente poder ir revertiéndola. Desde los defensores del constitucionalismo dialógico se entiende que las sentencias dialógicas, también llamadas sentencias dinámicas o en movimiento, presentan la ventaja de que no solo exigen la adopción e implementación de ciertas medidas y planes a los otros poderes del Estado y a la Administración, sino que ofrecen un largo periodo de seguimiento que permite a los jueces, mediante un permanente diálogo con otros actores de la sociedad y del Estado, monitorear continuamente los avances realizados y los efectos de las medidas adoptadas, y ordenar, si fuera necesario, nuevas medidas o nuevos plazos para lograr la transformación social deseada en base a unos principios de flexibilidad y progresividad que permitan ir reajustando las órdenes del tribunal en función de los obstáculos y circunstancias que se vayan encontrando (Clavijo-Ospina 2019).

Ante las alegaciones de las comunidades de vulneraciones al derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio, la Corte Constitucional decide resolver con la declaratoria del río como sujeto de derechos como solución integral pero dotándola de mecanismos de seguimiento para desarrollar su contenido y eficacia²⁸⁵. Estos mecanismos consisten en la creación de I) un comité de seguimiento encabezado por la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General y la Defensoría del Pueblo, responsable de indicar al ministerio correspondiente cuando el detalle del plan no se corresponda a lo ordenado por la sentencia o cuando las medidas adoptadas no estén satisfaciendo los indicadores diseñados para evaluar el cumplimiento de la sentencia; II) la figura de los guardianes del río, un comité de guardianes del Estado y otro de parte de las comunidades, que está integrado por 14 guardianes con representación afro e indígena y paridad de género; iii) un panel de expertos que se encarga de verificar que las cuatro órdenes estructurales de la sentencia de la Corte Constitucional efectivamente cumplen con los estándares y con la finalidad para las cuales fueron proyectadas: erradicación de la minería criminal; reconstrucción del tejido social; realización de estudios epidemiológicos y toxicológicos, y la descontaminación y reconstrucción del río, ya que

²⁸⁵ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16.

el río tiene derecho a la restauración, la conservación, el mantenimiento y la preservación. Clavijo-Ospina sostiene que la definición de los planes diseñados para la satisfacción de estas cuatro órdenes contó con la participación de las comunidades afectadas desde el momento inicial y, en conclusión, se promueve la sentencia dialógica de la Corte Constitucional en el caso del río Atrato como una forma de construir espacios de reflexión donde repensar los esquemas del derecho con que se ha protegido a la naturaleza y a las personas y comunidades que viven en armonía con ella (Clavijo-Ospina 2019).

Este enfoque optimista respecto a los efectos de las estrategias de litigio impulsadas por grupos étnicos por el hecho de abrir paso a un activismo judicial dialógico en los tribunales ha sido cuestionada desde una mirada crítica por otros autores (González-Serrano 2021, Botero 2021). En el conversatorio “Una mirada crítica a los litigios sobre el agua. Un diálogo entre Colombia y Guatemala”, manifiestan una mirada crítica respecto de los efectos del litigio en el caso del río Atrato con los siguientes argumentos: i) si bien reconocer al río como sujeto de derechos supone aparentemente incorporar ontologías y cosmovisiones indígenas en la aplicación del derecho hegemónico, se observa, sin embargo, que las comunidades étnicas e indígenas del Chocó en ningún momento demandaron que el río y la naturaleza fueran reconocidos como sujetos de derecho. El principal objetivo del recurso era visibilizar y confrontar los diferentes patrones de actividades extractivas que operan en el territorio, la defensa del río forma parte de una agenda regional de paz, de una agenda de carácter político de las comunidades del Chocó que buscan mediante la acción judicial probar los vínculos entre el conflicto armado y el extractivismo y los impactos diferenciados que estos vínculos generan en los derechos de los grupos étnicos e indígenas²⁸⁶. En este sentido, los jueces restringieron el alcance de su análisis y resolución judicial a la minería informal e ilegal y posibilitaron que el resto de intereses corporativos extractivistas quedasen por fuera de los márgenes de la sentencia. En definitiva, el giro ecocéntrico del derecho en la protección del medio ambiente ha sido capitalizado por los jueces con la creación de nuevas categorías jurídicas y aunque se nutre de prácticas y concepciones de vida indígenas, en realidad la construcción jurídica del río como sujeto de derechos no ha emergido ni contado con la participación de las voces indígenas (González-Serrano 2021); ii) la creación de la figura jurídica de los guardianes del río supone abrir la puerta

²⁸⁶ La judicialización se contempla como una herramienta para lograr los objetivos políticos de diferentes actores de la sociedad civil entre los que se encuentran comunidades negras, víctimas de la guerra, mujeres, ONGs y academia (González-Serrano 2021).

de entrada a otros actores en la toma de decisiones respecto a la custodia y gestión de los ríos²⁸⁷, lo que puede entrar en colisión con las dinámicas y lógicas locales que operan de manera distinta y consuetudinaria en los territorios; no aborda los patrones de hegemonía y poder desigual con que se desarrolla el diálogo entre el Estado y las comunidades (González-Serrano 2021) y hace que las comunidades se vean inmersas en la lógica institucional y deban participar en la definición de numerosos planes y políticas públicas para proteger al río a través de espacios donde la voz comunitaria puede ser diluida o cooptada, por lo que la figura de los guardianes del río se erige así en una amenaza para los derechos de los pueblos indígenas que gozan de derechos cualificados en la toma de decisiones sobre su futuro (González-Serrano 2021). En definitiva, con esta figura jurídica se construye una configuración del poder y una toma de decisiones que se intuye como un escenario trampa respecto a quien decide sobre qué y que puede ser instrumental para el neocolonialismo y el neoextractivismo (González-Serrano 2021); iii) sienta un precedente jurisprudencial que inicia el camino para que diferentes tribunales en Colombia hayan reconocido 19 entidades naturales como sujetos de derecho (trece ríos, dos páramos, dos parques naturales y la Amazonia colombiana) y esta singularización de algunas entidades naturales como sujetos de derecho pone sobre la mesa la cuestión de cuál es la definición de naturaleza empleada por los tribunales, que está integrada por algunos y no todos los ríos, montañas y lagunas de Colombia, deja fuera, asimismo, a los animales y no toma en consideración la dimensión espiritual que estas entidades tienen para las comunidades (Botero 2021). En definitiva, esta mirada crítica sostiene que el reconocimiento de estas entidades naturales como sujetos de derecho y la creación de los guardianes de la naturaleza supone la construcción de nuevos objetos de gobernanza y de intervención estatal y una modificación de las fronteras del derecho que no parece verosímil que vaya a detener el avance de la frontera extractiva en los territorios habitados por grupos subalternos (Botero 2021; González-Serrano 2021).

5.1.2. Caso de la minicentral hidroeléctrica Hidrosupía.

Un caso relevante que concierne al desarrollo de PCHS en Colombia que llegó a instancias de la Corte Constitucional es el caso de la acción de tutela interpuesta por el

²⁸⁷ La composición de la figura jurídica de los guardianes de los ríos es mixta –instituciones, comunidades y academia para ofrecer orientación técnica.

Resguardo Indígena de Cañamomo – Lomaprieta, perteneciente al pueblo Embera Chamí, que reclama la vulneración de sus DF a la integridad étnica, social y cultural, a la participación, a la consulta, al debido proceso, a la autonomía y al territorio como consecuencia de la concesión de aguas superficiales inconsulta que otorgó la Corporación Autónoma Regional de Caldas-Corpocaldas a manos de privados en el año 2007 para fines de autorizar la derivación del río y la generación hidroeléctrica en el municipio de Supía. Si bien la Corte Constitucional revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales el 21 de marzo de 2012 y admite la procedencia de la acción de tutela por considerar que se satisfacen los principios de inmediatez²⁸⁸ y subsidiariedad²⁸⁹, sin embargo, rechaza la acción con los siguientes fundamentos: i) la central se ubica en un predio que ha sido debidamente titulado a favor de particulares y donde no habitan comunidades indígenas²⁹⁰; ii) los grupos humanos indígenas de la zona no aportan elementos probatorios que permitan explicar de qué manera la construcción de la PCH generaría una afectación directa en la vida de la comunidad, por lo que iii) las eventuales afectaciones solo pueden referirse a las generalidades de este tipo de proyectos y el contexto en el que se desarrollan y la Corte Constitucional observa que las PCH no requieren de licencia ambiental debido a que por su propia naturaleza son “*construcciones limpias que respetan el medio ambiente, ya que garantizan el mantenimiento del caudal ecológico de las fuentes [...] afín de garantizar la conservación de los recursos hidrobiológicos y de los ecosistemas asociados y, al final del proceso, regresan el agua captada a su cauce normal*” y concluye que por sus propias características -se respeta el caudal ecológico del río, garantizando la vida acuática y el valor paisajístico; la derivación del río no sobrepasa el kilómetro de extensión, por lo que afecta de manera mínima la estructura física de la quebrada; y en la descarga posterior del agua, ésta llega a su curso

²⁸⁸ La Corte Constitucional realiza una interpretación extensiva y flexible del principio de inmediatez de la acción de tutela y estima que debe considerarse satisfecho debido a que: “i) se trata de un evento en el que, de establecerse que había lugar a realizar la conducta previa, la violación del derecho se mantiene en el tiempo; (ii) la comunidad ha ejercido distintas acciones tendientes a garantizar el respeto de sus intereses, y (iii) se ven involucrados sujetos de especial protección constitucional”.

²⁸⁹ Si bien la Corte Constitucional admite la existencia de otras acciones como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar la concesión de aguas, también sostiene que cuando está en juego una controversia respecto a los derechos de las comunidades indígenas a ser consultadas, debe admitirse la acción de tutela como mecanismo para solicitar su protección.

²⁹⁰ Una de las abogadas de la comunidad da cuenta de las dificultades que tienen para probar sus derechos territoriales y que el predio en realidad es de propiedad colectiva. Sostiene que se trata de resguardos de origen colonial y que la Corona española había expedido cédulas reales que especificaban los límites del territorio ancestral, pero legislaciones posteriores ya en tiempos republicanos habrían dilucidado esos títulos e incluso la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos habría registrado escrituras de particulares dentro de esos resguardos (Cárdenas 2009).

más oxigenada y sin ningún tipo de contaminante-, la CH Hidro Supía se trata de una obra que no genera un impacto significativo; iv) identifica que otra CH de las mismas características estuvo operando en el territorio de manera armónica y pacífica con el entorno ambiental y sociológico. A partir de estos fundamentos es que la Corte Constitucional concluye que *“no se encuentra que el proyecto produzca un impacto sobre la autonomía, diversidad o idiosincrasia de la comunidad indígena, o que la realización del mismo genere una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos”*. Consecuentemente, la Corte Constitucional rechaza la acción de tutela por considerar que no se ha acreditado la afectación directa de la comunidad indígena que constituiría el requisito para hacer exigible la consulta previa y advierte a los accionados que si durante la ejecución del proyecto se constatan afectaciones a las comunidades indígenas procederá entonces la realización de la consulta²⁹¹. El caso de Hidro Supía es relevante por poner de manifiesto cómo incluso una de las cortes más garantistas de la región asume el discurso de la inocuidad de las PCHS, lo que comporta una mayor carga de la prueba para las comunidades indígenas cuando tratan de hacer valer sus derechos ante este tipo de proyectos. Incluso es posible identificar como la Corte Constitucional señala que el agua devuelta al río es de mayor calidad que la que es tomada por la central, con mayor “carga de oxígeno y limpia de contaminantes”, cuando se trata en realidad de un agua que arrastra menos sedimentos y que genera afectaciones río abajo²⁹². Además, también es un ejemplo de la controvertida asunción del tamaño pequeño de estas PCHS, ya que no llegan de forma aislada a los territorios, sino que la electricidad que generan sirve para abastecer de energía a otros múltiples proyectos de gran envergadura que se insertan en los mismos territorios. En el caso de la región de Caldas, se trataría del macroproyecto de Puerto Seco de la Felisa, la explotación a gran escala de oro, el proyecto IRSA para conectar a Quibdó con Medellín por esta zona, conectado con un distrito carbonífero que va de Marmato a Quinchía, y futuras plantaciones de cultivos agroindustriales (Cárdenas 2009).

²⁹¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-857/2014, 12 de noviembre de 2014.

²⁹² El hecho de que las empresas hidroeléctricas promuevan sus proyectos por la calidad del agua que devuelven al río es un fenómeno común que se reproduce en otras latitudes. En Guatemala, por ejemplo, la CH Renace en Alta Verapaz realizó una campaña publicitaria anunciando su proyecto con el lema “limpiamos el agua” cuando, en realidad, lo que hacen es alterar la hidrología del río y en algunos casos incluso matar los ríos (Pop 2019).

5.1.3. Caso de la represa El Cercado.

Otros caso relevante de movilización indígena frente a proyectos hidroeléctricos es el realizado por el pueblo wayuu contra la represa El Cercado en La Guajira colombiana. Si bien se trataba de una central multipropósito que debía i) proveer de agua a los municipios de Albania, Barrancas, Distracción, Fonseca, Hato Nuevo, Maicao, Manaure, San Juan del Cesar y Uribí; ii) proveer agua para regadío en los distritos de Gran Escala de Ranchería y San Juan de Cesar; y iii) generar electricidad para satisfacer las necesidades de la población (INCODER 2010), la realidad es que la represa no ha satisfecho ninguno de estos propósitos²⁹³, ya que casi la totalidad del agua es asignada a El Cerrejón, la décima explotación de carbón a cielo abierto más grande del mundo, y la poca agua que queda disponible, es utilizada por algunos terratenientes en sus cultivos de arroz y palma en la Baja Guajira. Sin embargo, al mismo tiempo, a escasos kilómetros del embalse, la población wayuu se muere de hambre y sed porque ni la empresa ni el gobierno se han preocupado por construir los ductos que deberían hacer llegar el agua a las comunidades. La inaccesibilidad a la principal fuente hídrica, el agua del río Ranchería, ha provocado en La Guajira una grave crisis humanitaria que azota a la población indígena (Defensoría del Pueblo 2015) y la Asociación de autoridades tradicionales indígenas Shipia Wayuu, representada por la abogada de la Universidad del Rosario Carolina Sáchica, decidió acudir a la CIDH para reclamar las siguientes medidas cautelares: i) la apertura de las compuertas de la represa para garantizar los derechos humanos al agua, a la vida y a la integridad personal de las comunidades wayuu y el acceso exclusivo de las comunidades wayuu al agua del río Ranchería hasta que no se pruebe la existencia de un excedente hídrico que permita su uso para fines de actividad económica; ii) la adopción de medidas urgentes por parte del Estado que garanticen los derechos de los wayuu a la seguridad alimentaria, a la salud y a un medio ambiente seguro (Sáchica 2017). En diciembre de 2015, la CIDH solicitó a Colombia que adoptase en la máxima brevedad posible las medidas necesarias para asegurar el acceso a agua potable de manera sostenida y sustentable de los niños y jóvenes Wayuu. Sin embargo, la Comisión consideró que no disponía de la suficiente información para evaluar los

²⁹³ Auditoría de la PGN [Boletín 594 (2014)]; Corte Suprema de Justicia. Sección de Apelaciones de la Sala Penal. Proceso 12990, M.P. Eugenio Fernández, 14 de septiembre de 2016; y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Acta judicial N. 103, 27 de julio de 2016.

impactos de la represa en los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal de los reclamantes y decidió, por tanto, no acoger el reclamo de abrir las compuertas de la represa²⁹⁴. En base a las medidas cautelares dictaminadas por la Comisión, las comunidades wayuu pudieron sustentar sus siguientes acciones judiciales: en primer lugar, en 2016, interpusieron una acción de amparo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá solicitando la protección de sus DF y exigiendo el cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas por la Comisión. El tribunal observó que las medidas del Estado habían sido insuficientes para garantizar el acceso al agua potable de la población wayuu y decidió conceder el amparo al derecho al agua, a la vida y a la salud de los accionantes. No obstante, no acogió la solicitud de apertura de las compuertas de la represa por considerar que no existían suficientes fundamentos técnicos para valorar la viabilidad de tal medida²⁹⁵. Insatisfechos con la resolución del tribunal, la Asociación Shipia Wayuu decidió recurrir la sentencia ante la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en septiembre de 2016, la Corte Suprema decidió apoyar la decisión del tribunal de primera instancia, reconocer la ineficacia de las medidas adoptadas por el Estado para hacer frente de manera urgente a la escasez de agua potable y desnutrición y malnutrición de los niños wayuu, y solicitar al Estado i) la formulación, coordinación e implementación de planes y medidas eficaces para encontrar una solución integral a los problemas socioeconómicos que afectan a la región y, muy especialmente, a los niños wayuu; y ii) la adopción de medidas de mitigación tempranas y provisionales. Sin embargo, la Corte Suprema también mantuvo la decisión de no abrir las compuertas de la represa por no contar con suficientes evidencias técnicas que garantizaran la viabilidad de esta medida para salvaguardar el derecho al agua potable de la población wayuu²⁹⁶.

De esta manera, desde una evaluación de la movilización legal wayuu en sentido estrecho, se observa que los tribunales adoptaron un fuerte enfoque de derechos, reconociendo que se habían vulnerado los derechos económicos y sociales de los niños wayuu pero, en cambio, adoptaron un enfoque más moderado en cuanto a las medidas de reparación, rechazando la apertura de la represa y concediendo al Estado las competencias para concretar las medidas que pudieran proteger esos derechos y los plazos en que

²⁹⁴ CIDH. Medidas cautelares: “Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribí, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo wayuu, asentados en el departamento de la Guajira”, respecto de Colombia. Medidas Cautelares n° 51/15, 11 de diciembre de 2015, Resolución 60/2015): párrafos 23 y 26.

²⁹⁵ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Acta Judicial n°. 103, 27 de julio de 2016.

²⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sección de Apelaciones Penales. Proceso 12990 (M.P. Eugenio Fernández: 14 de Septiembre de 2016), p. 34-37.

deberían ser ejecutadas. En este momento, los tribunales parecían que no querían entrar abiertamente en conflicto con la política económica y la ideología del gobierno ni correr los fundamentos de las relaciones de poder político entre los diferentes poderes del Estado (Gloppen 2008). Al realizar una valoración del cumplimiento y la eficacia de estas sentencias, incluso considerando que particularmente en sentencias declaratorias es una cuestión de grado y no de maximalismos (Gloppen 2008), debe considerarse que en la medida en que la población wayuu continúa viéndose privada del acceso a servicios de provisión de agua, nutrición y salud, solo es posible concluir que las órdenes de los tribunales han sido insuficientemente implementadas por el Estado.

Es por ello que ante la persistencia de la crisis humanitaria en La Guajira, la abogada Carolina Sáchica solicitó a la CIDH en 2016 y 2017 extender las medidas cautelares a 9.000 mujeres gestantes y lactantes wayuu y a 3.000 ancianos wayuu de los municipios de Manaure, Riohacha y Uribí. Su solicitud fue nuevamente acogida por la CIDH²⁹⁷.

Sin embargo, la movilización wayuu continuaba mostrándose en gran medida exitosa respecto a la respuesta de los organismos judiciales y cuasijudiciales, pero en gran medida infructuosa respecto al cumplimiento del gobierno con las órdenes de los tribunales. A pesar de que la movilización legal logró tener un efecto desbloqueador de las políticas públicas, persistía la negligencia y falta de voluntad política de los actores gubernamentales y funcionarios públicos para dar cobertura a los derechos al agua, a la nutrición y a la salud de la población wayuu²⁹⁸. Como denunció el senador Robledo: “Ha

²⁹⁷ CIDH. Medida Cautelar 51/15. “Ampliación de beneficiarios a favor de las mujeres gestantes y lactantes de la Comunidad Indígena Wayuu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribí” respecto de Colombia. Resolución 3/2017, 26 de enero de 2017; y ampliación “Personas mayores pertenecientes a la Asociación Shipia Wayuu de la Comunidad indígena Wayuu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribí” respecto de Colombia. Resolución 51/2017, 1 de diciembre de 2017.

²⁹⁸ Incluso la adopción de medidas excepcionales, como que la gestión de los recursos públicos que se destinan a la región en materia de agua, salud y educación sea competencia del gobierno nacional desde 2017 no ha servido para mejorar significativamente la situación. Esta asunción de competencias del gobierno nacional fue resultado del ejercicio de un derecho de petición de la abogada Sáchica al Presidente para que declarara el estado de emergencia en noviembre de 2016. Ante el silencio del presidente, la abogada interpuso una acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá en febrero de 2017. Finalmente, el presidente respondió con una negativa argumentando que los programas del gobierno estaban en curso pero convocó al Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) donde se adoptaron estas medidas excepcionales por dos trienios consecutivos. Departamento Nacional de Planeación (DNP). 2017 y 2020. “Documento CONPES n°. 3883. “Adopción de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación de los servicios de salud, educación, alimentación escolar y agua potable y saneamiento básico en el Departamento de La Guajira”, 21 de Febrero; Documento CONPES n° 3984. “Extensión de la vigencia de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación de los servicios de salud, educación, alimentación escolar y agua potable y saneamiento básico en el departamento de La Guajira”, 20 de febrero de 2020.

*habido una falta de voluntad política. Es mentira que esto sea un desastre natural, lo que tenemos es un desastre social, económico y político. Van a gastar el dinero en todo menos en los ductos? Parece que lo que menos importa es la vida de los más vulnerables, aquellos que se esfuerzan por hacer las cosas bien pero terminan siendo las víctimas”*²⁹⁹.

La lucha jurídica wayuu no se dio por vencida y en mayo de 2017, Elson Rafael Rodríguez Beltrán presentó un nuevo recurso de amparo³⁰⁰ para reclamar el cumplimiento de las medidas cautelares de la CIDH y, en junio de 2018, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en relación a la satisfacción de los DF de los niños wayuu al agua, a la seguridad alimentaria y a la salud³⁰¹. La Corte Constitucional, asimismo, ordenó la creación de un mecanismo de seguimiento y evaluación de las políticas públicas, que debían satisfacer unos objetivos constitucionales mínimos, como incrementar la disponibilidad, accesibilidad y calidad hídrica; mejorar la eficacia y cobertura de los programas de seguridad alimentaria asegurando unos estándares mínimos de nutrición infantil; mejorar de forma inmediata y urgente las acciones de atención sanitaria; mejorar la movilidad de las comunidades wayuu; mejorar la información disponible para la toma de decisiones de las autoridades públicas; garantizar la justicia y transparencia de las asignaciones presupuestarias y de la contratación de los contratistas; salvaguardar la sustentabilidad de todas las medidas del Estado y garantizar un diálogo genuino con las autoridades wayuu. Estos objetivos constitucionales mínimos son ordenados por la Corte Constitucional, pero la definición de las acciones concretas para cumplir con ellos y la especificación de los indicadores para monitorear su grado de

²⁹⁹ DF al Agua. Proyecto de Ley: Audiencia en el Senado, 8 de mayo de 2017. Declaración del senador Jorge Robledo.

³⁰⁰ Esta acción fue respaldada por la Asociación Shipia Wayuu, dieciséis autoridades wayuu, Dejusticia, el Comité Cívico por la Dignidad de La Guajira, el Comité de Apoyo a Comunidades Populares, la Organización Nacional Indígena de Colombia y la Procuraduría General, que participaron como coadyuvantes ante el tribunal.

³⁰¹ La declaración del estado de cosas inconstitucional es una declaración formal hecha por el Tribunal Constitucional por medio de una sentencia de tutela en casos que se caracterizan por i) una violación masiva de DF; ii) con responsabilidad de varias agencias del Estado por no adoptar las medidas legislativas, administrativas y presupuestarias necesarias para prevenir la violación de DF; iii) las órdenes de la sentencia son complejas porque requieren la acción coordinada de varias entidades gubernamentales y un significativo esfuerzo presupuestario adicional para proteger a la población afectada y no solamente a los reclamantes (Rodríguez-Garavito 2009; Sentencia T-025 de 2004). Esta declaración tiene un objetivo práctico: urgir al aparato del Estado a diseñar, implementar y evaluar las políticas públicas necesarias para terminar con las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, la naturaleza del estado de cosas inconstitucional es excepcional ya que comporta una intervención considerable de la Corte Constitucional en procesos de definición de políticas públicas, los cuales son responsabilidad del Gobierno y del Congreso, y porque puede suponer un desgaste político para el tribunal en la medida que la Corte Constitucional tiene facultades limitadas para ejercer procesos de monitorización y, cuando estos se extienden en el tiempo en demasía, el resto de actores públicos y privados tienden a considerar la declaración ineficaz (Rodríguez-Garavito 2009).

cumplimiento corresponde a los órganos del gobierno y otras entidades públicas y privadas en el marco de un diálogo permanente dentro del mecanismo de supervisión y evaluación. De esta manera, la declaración del estado de cosas inconstitucional supone abrir una ventana de oportunidad: la creación de un proceso participativo de definición y seguimiento de políticas públicas que tiene el potencial de facilitar soluciones a problemas estructurales y remediar las violaciones masivas de DF de los wayuu.

Sin embargo, tras más de 5 años de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, no se han producido avances respecto a su cumplimiento y, en todo este tiempo, no se ha consolidado un solo plan de acción para cumplir con el fallo; es más, ni siquiera se ha establecido una mesa de diálogo para escuchar a las comunidades indígenas y sus autoridades. Es por ello que la Corte Constitucional, en una acción con pocos precedentes, emitió el Auto 042 de 2021 para asumir la competencia de la verificación del cumplimiento de su propia sentencia, anunciar la realización de una inspección judicial para valorar la situación sobre el terreno, y poner sobre la mesa la amenaza del desacato al tribunal de las autoridades públicas (Infobae 2021; Veeduría Ciudadana 2021). Además, la Corte Constitucional informó que se facilitarían copias de su auto a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para que, si lo considerase oportuno, iniciase una averiguación disciplinaria en contra de la Sala a cargo del seguimiento de esta sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha por la presunta omisión del cumplimiento de sus deberes ya que no se había producido el más mínimo avance en el cumplimiento de su declaratoria y la Sala no había dado respuesta a los reiterados requerimientos de la Corte Constitucional para obtener información respecto de las labores de seguimiento que le concernían. En opinión de la Corte Constitucional, la actitud de la Sala debería acarrear sanciones de naturaleza penal y disciplinaria³⁰². Sin embargo, tras más de seis meses de la inspección judicial de la Corte Constitucional, que tuvo lugar el 24 de septiembre de 2021, todavía la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre su visita. Mientras tanto, los niños wayuu continúan muriéndose de hambre, sed y abandono institucional (Diario del Norte 2022) en una ratio siete veces mayor al promedio nacional y las obligaciones constitucionales mínimas fijadas por la

³⁰² Corte Constitucional de Colombia, Auto 042-2021, 10 de febrero de 2021, punto 60.

sentencia están lejos de poder ser realidad algún día por la inoperancia de las instituciones del Estado (Dejusticia 2022)³⁰³.

³⁰³ En cuanto a la obligación de aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua, según datos del Ministerio, se han construido 4 pilas públicas, pero algunas de ellas se encuentran absolutamente vacías; de 29 pozos construidos en 2016, el 90% no está funcionando y el 10% está subutilizado o funcionando con recursos propios de las comunidades; y respecto de la calidad del agua, se observa que ante la escasez de agua potable, algunas comunidades siguen viéndose forzadas a consumir agua que pone en riesgo su salud. Respecto a la obligación de mejorar los programas de atención alimentaria y aumentar la cobertura de los de seguridad alimentaria, se observa que solo cubren el 34% de los niños de los municipios priorizados por la sentencia; que los alimentos y productos entregados a los beneficiarios no tenían en cuenta la pertinencia cultural y la calidad de los mismos no era la mejor; y no se desarrollan programas de seguridad alimentaria; por último, respecto de la obligación de aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de salud a cargo del Gobierno Nacional, se constata que continua existiendo un único centro de salud en Nazareth y persiste la dificultad de cómo puede mejorarse la accesibilidad a los servicios de atención sanitaria. Además, el modelo de atención en salud no es apropiado a las necesidades culturales, territoriales, socioeconómicas y epidemiológicas de la población wayuu (Dejusticia 2022).

5.2. PERÚ.

En Perú existen varias organizaciones que realizan litigio estratégico constitucional en favor de los derechos de los pueblos indígenas y que dan cuenta de los principales obstáculos y logros que han cosechado en sus acciones.

5.2.1. Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible-IDLADS.

Caso de la Acción Popular presentada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) contra la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

En el seminario “Litigio estratégico en la defensa de los pueblos indígenas”, organizado por Recuento Ambiental el 6 de abril de 2021, los abogados Lylian Delgadillo y Henry Carhuatocto del IDLADS exponen su experiencia como asesores legales en esta acción popular impulsada desde los pueblos indígenas³⁰⁴ que marca definitivamente un antes y un después en el ejercicio del derecho a la consulta previa en el Perú (Delgadillo 2021) y constituye una de las victorias judiciales más importante de las organizaciones andinas y amazónicas del Perú porque permite hacer efectiva la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado en proyectos de infraestructura (IDLADS 2021). La acción popular se dirigió contra un conjunto de normas que desnaturalizaban el derecho a la consulta previa al crearse un supuesto de exoneración a los servicios públicos en la realización de la consulta³⁰⁵. En particular, la 15ª disposición complementaria transitoria y final del D.S. N° 001-2012-MC –Reglamento de la Ley N° 29785 contemplaba un supuesto de exoneración al derecho de consulta previa que no estaba previsto en la ley al sostener que: “*la construcción y mantenimiento de infraestructura necesaria para la provisión de servicios públicos en coordinación con los pueblos indígenas que esté orientada a beneficiarlos no requerirán ser sometidas al*

³⁰⁴ Las organizaciones indígenas que promovieron esta acción son la Organizacional Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú ONAMIAC, la Confederación Nacional Agraria CNA, la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas del Oriente, ORPIO, y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP).

³⁰⁵ Estas normas eran la 15ª Disposición complementaria transitoria y final del D.S. N° 001-2012-MC; el Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, que fue publicado el año 2012; y la Resolución Viceministerial N° 013-2016-BMI-MC, que aprobaba la Directiva N° 001-2016-BMI/MC, Procedimientos para la aplicación de lo Dispuesto en la 15ª Disposición Reglamentaria de la Ley de Consulta previa, que fue publicada en el año 2016.

procedimiento de consulta previa en el Reglamento”. Además, el numeral 6.2 de la resolución viceministerial 013-2016 del Ministerio de Cultura disponía la elaboración de un plan informativo dirigido a los pueblos indígenas para informarles sobre la aprobación de las actividades de infraestructura a ejecutarse en sus territorios ancestrales, desterrando de este procedimiento todo diálogo intercultural previo, así como el consentimiento previo libre e informado que les corresponde por derecho a las poblaciones indígenas. Por medio de estas normas el Estado planificaba e imponía una serie de proyectos de inversión aludiendo a que estos beneficiaban a la población indígena, proyectos como la construcción de carreteras en áreas naturales protegidas, el tendido de una línea de transmisión eléctrica Moyabamba-Iquito y el proyecto de la Hidrovia amazónica. La demanda fue desestimada en primera instancia en el año 2018 y es declarada infundada por la resolución de la segunda sala especializada en lo civil de la Corte Superior de Lima³⁰⁶. Esta resolución vulneraba el derecho a una debida motivación ya que citaba abundante doctrina y jurisprudencia sin realizar una motivación judicial de todo lo que se estaba citando en la resolución y sin valorar los argumentos y fundamentos presentados en la demanda, limitándose el tribunal a señalar que las normas demandadas no contravenían la ley del derecho a la consulta previa. De esta manera, la sentencia de primera instancia suponía un terrible precedente para los pueblos indígenas ya que estaba legitimando una simple coordinación en la provisión de servicios públicos como un proceso válido y equiparable al procedimiento de consulta previa. Sin embargo, el 13 de enero del año 2021, la Corte Suprema declara fundada la demanda indígena y resuelve con la nulidad de las disposiciones normativas que habían sido cuestionadas por la acción popular³⁰⁷. Con esta sentencia, la Corte Suprema cierra la puerta a futuras violaciones del derecho a la consulta previa en el Perú, impide que pueda exonerarse de consulta previa a los servicios públicos que afectan a los pueblos indígenas con el argumento de ser beneficiosos para ellos, promueve la construcción de un Estado plurinacional y exige que las consultas se desarrollen conforme a los siguientes estándares: deben ser previas a la adopción de las medidas que afecten a los pueblos indígenas; deben contar con la involucración de los pueblos indígenas, tanto individual como colectivamente; deben

³⁰⁶ Los argumentos de la defensa protagonizada por la Procuraduría Pública eran que la consulta previa solo retrasaba la implementación de medidas que garantizaban derechos de los individuos, incluyendo a los pueblos indígenas; el ministerio de Cultura equiparaba los mecanismos de participación con el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y sostenía que el proceso de consulta previa tampoco impediría la realización de las actividades de los proyectos (Delgadillo 2021).

³⁰⁷ Corte Suprema de Justicia del Perú, Sentencia de la Acción Popular N° 29126-2018-LIMA de 13 de enero de 2021.

contar con garantías de que los representantes indígenas hayan sido elegidos libremente y con la participación de todo el pueblo; deben garantizar la participación de los pueblos indígenas en todas las fases del proyecto o medida que les afecte, desde la planificación e implementación hasta el cierre del proyecto, incluyéndose, por tanto, el contrato de concesión y el EIA del proyecto; deben observar los estándares internacionales cuando se pongan en riesgo aspectos esenciales del pueblo indígena; deben poner en conocimiento de los pueblos afectados información desde las primeras etapas del plan, inversión o medida, y la información facilitada tiene que ser fruto de un diálogo intercultural constante y de procedimientos apropiados y adecuados con pertinencia cultural, traducida a la lengua originaria y ser clara, concisa, completa y entendible para los pueblos indígenas de forma que estos puedan valorar la totalidad de los riesgos y beneficios de la medida, plan o proyecto; no deben ser simbólicas ni una mera formalidad, sino de buena fe con miras a alcanzar el consenso y obtener el consentimiento³⁰⁸previo, libre informado del pueblo concernido cuando se vayan a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que involucren desplazamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias (Delgadillo 2021). Los efectos de esta sentencia tienen un potencial transformador y de empoderamiento para los pueblos indígenas indiscutible ya que comporta que toda medida administrativa que no hubiera sido objeto de consulta previa, como por ejemplo un EIA, deberá ser suspendida su ejecución hasta que no se consulte porque, de acuerdo a la Ley General 2744 de procedimiento administrativo, ese acto sería nulo por haber vulnerado el orden constitucional (Carhuatocto 2021). La sentencia fue ratificada por la Corte Suprema el 17 de noviembre de 2021 después de que la Procuraduría General del Estado hubiera solicitado la aclaración y corrección de la sentencia, de forma que se expulsa definitivamente del ordenamiento jurídico la Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del D.S. N° 001-2012-MC –Reglamento de la Ley N° 29785 (Ley del Derecho a la Consulta Previa)– y la Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC, y podrá aplicarse con efecto

³⁰⁸ Nunca en el Perú se ha desarrollado un proyecto observando el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, ni siquiera en casos de reubicación, ni siquiera en casos donde se ve afectada su subsistencia cultural, y es un motivo por el que esta sentencia es histórica y constituye un antes y un después en la tutela jurisdiccional de los derechos de los pueblos indígenas (Carhuatocto 2021).

retroactivo a los casos donde se hubiera omitido o negado el derecho a la consulta previa desde el año 2012 (Herrera 2022; La Republica 2022)³⁰⁹.

Casos relativos al desarrollo hidroeléctrico.

Acción de agravio constitucional contra la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM.

En lo que concierne al desarrollo de proyectos hidroeléctricos, el IDLADS ha litigado en dos casos importantes: el 20 de diciembre de 2012, el IDLADS interpuso una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas con el objeto de que la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM³¹⁰ fuese objeto de consulta previa debido a que abarcaba cuestiones relacionadas con las inversiones eléctricas en territorios indígenas (la resolución había aprobado una lista taxativa de los procedimientos administrativos en los que correspondía realizar el proceso de consulta previa sin considerar entre ellos a los EIA del sector eléctrico). La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia y, posteriormente, el IDLADS interpuso un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional que admitió la demanda en septiembre de 2018. Más tarde, en junio de 2019, el IDLADS solicita al Tribunal Constitucional la acumulación de pretensiones buscando que se dejase sin efecto las resoluciones ministeriales N° 350- 2012-MEM/DM y N° 209-2015-MEM/DM (esta última reemplazaba a la anterior, pero mantenía la exclusión de actos administrativos que afectaban a los pueblos indígenas). Si bien el tribunal declaró infundada la demanda, la sentencia logró romper la cadena legal que el Ministerio de Energía y Minas había impuesto a la consulta previa al considerar que limitar el ejercicio de la consulta previa a una lista taxativa de procedimientos administrativos suponía i) vulnerar la obligación constitucional de consultar cada vez que se prevean medidas administrativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas; ii) la inobservancia del principio pro persona, que obliga a interpretar en sentido amplio las normas que consagran DF; y iii) la contravención del principio democrático, pues las comunidades indígenas no podrían participar en la adopción de medidas que los afecten directamente³¹¹. El Tribunal

³⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, resolución N° 002695-2021, de 17 de noviembre de 2021.

³¹⁰ Resolución Ministerial para el Sub Sector Energético (Electricidad e Hidrocarburos) que aprueba los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de Consulta Previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo.

³¹¹ Pleno del Tribunal Constitucional, sentencia N° 652/2021, fundamentos 51, 53 y 56.

Constitucional concluyó que “la identificación de los procedimientos administrativos dispuesta en la Resolución Ministerial 209- 2015- MEM/DM, no puede ser interpretada en un sentido restringido, sino en uno amplio, de conformidad con el contenido del derecho a la consulta previa, bajo el cual los procedimientos administrativos objeto de consulta previa, en materia de hidrocarburos y electricidad, no se limitan a los enumerados en dicha resolución”³¹². De esta manera, el IDLADS consiguió satisfacer uno de los objetivos del litigio estratégico: ganar en lo material a pesar de perder en lo formal para poder sentar un importante precedente que allane el camino a futuras demandas que reclamen la exigibilidad del derecho a la consulta previa en los EIA del sector eléctrico (IDLADS 2021).

Acción de habeas data para acceder al EIA de la CH Inambari.

Otro caso importante litigado con el liderazgo del IDLADS para confrontar la expansión hidroeléctrica es el que refiere a la acción de *habeas data* para acceder al EIA de la CH Inambari. A pesar de constituir el proyecto hidroeléctrico más grande del Perú, ni el Ministerio de Energía y Minas, ni la empresa Egasur consideraban que era necesario difundir el EIA en su integridad, en el momento oportuno y con la mayor veracidad posible para garantizar el derecho de la ciudadanía al acceso a la información pública y tan solo facilitaron resúmenes ejecutivos con el argumento de que el estudio era parte del secreto y propiedad industrial de privados. El silencio fue la respuesta que dio la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas al requerimiento presentado por el IDLADS y, en consecuencia, la organización tuvo que presentar la acción de *habeas data* ante el Décimo Juzgado Constitucional de Lima, que declara fundada la demanda y exige la entrega de la información ambiental pública solicitada, decisión que fue confirmada en segunda instancia. La información requerida fue finalmente difundida en la web Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. La sentencia supone un importante precedente jurisdiccional al desmontar los argumentos esgrimidos por los proyectos hidroeléctricos para no brindar una información clave en un ejercicio de la participación ciudadana en materia ambiental con todas las garantías y requerir que

³¹² Pleno del Tribunal Constitucional, sentencia N° 652/2021, fundamento 57.

todas las CH proyectadas en el país deban satisfacer la accesibilidad a sus EIA (IDLADS 2015)³¹³.

5.2.2. Instituto de Defensa Legal del Perú.

Por su parte, el Instituto de Defensa Legal del Perú también ha prestado asesoramiento legal a estrategias de litigio de comunidades indígenas y ha logrado algunos victorias relevantes en los tribunales de justicia que han permitido restituir DF de dichas comunidades y construir políticas públicas desde un enfoque de derechos humanos, lo que les da pie a sostener que sí es posible avanzar en el cambio social y la protección de los territorios indígenas a través del litigio estratégico (Instituto de Defensa Legal 2020). Para sustentar tal conclusión ponen como prueba los casos referidos a la falta de consulta previa del lote petrolero 116, de las concesiones para la actividad minera en Atuncolla y del proyecto Hidrovía que dragaba ríos amazónicos afectando las actividades de pesca tradicional.

Caso del Lote Petrolero 116.

El lote petrolero 116 estaba superpuesto sobre 73 comunidades nativas pertenecientes a las etnias awajún y wampis y ni el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, ni el EIA del lote habían sido objeto de consulta previa, por lo que se amenazaba gravemente a las expresiones culturales, la salud y el medio ambiente de estas comunidades. Después de que el Viceministerio de Interculturalidad y el Ministerio de Energía y Minas se opusieran a realizar la consulta argumentando que la ley de consulta previa todavía no había sido aprobada cuando se concedió el lote, las comunidades presentaron un recurso de amparo ante el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, el cual ordenó la suspensión de actividades en el Lote 116, declaró la nulidad de las licencias de exploración y explotación petroleras y del EIA del proyecto, exigió la realización de la consulta previa con los pueblos afectados, tanto respecto del contrato de licitación del lote petrolero como del EIA, y ordenó el retiro de las empresas hidrocarburíferas de la zona y que, en caso de que se deseara aprobar un nuevo proyecto, el Estado debería obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados. Se trata

³¹³ Décimo Juzgado Constitucional de Lima, expediente 1893-2011-01801-JR-CI-10.

de la primera sentencia que niega la validez jurídica de los actos administrativos inconsultos anteriores a la aprobación de la Ley de consulta previa y que se pronuncia sobre el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas, lo cual sirvió para dejar claro que el DF a la consulta previa es de aplicación inmediata y que la omisión del legislador no exoneraba al Estado de su obligación de cumplimiento (Ruiz-Molleda 2021)³¹⁴.

Caso de concesión minera en distrito de Atuncolla.

En este caso la Sala Civil de la la Corte Superior de Justicia de Puno declara la nulidad de la concesión minera que afectaba a 11 comunidades campesinas ubicadas en el distrito de Atuncolla y exige al Ministerio de Energía y Minas y al Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet) que no vuelva a otorgar títulos de concesión minera sin que previamente se haya realizado la consulta previa, y advierte que en caso de incurrir en esta inobservancia del Convenio 169 y de la ley y el reglamento de consulta previa del Perú, les aplicará las medidas coercitivas que están previstas en la Ley 28237, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar³¹⁵.

Caso del proyecto de la Hidrovía Amazónica.

En este caso, el Juzgado Mixto de la Provincia de Nauta (región Loreto) acoge el 17 de octubre de 2014 la demanda de amparo presentada por la organización indígena kukama Acodecospat, y ordena que se suspenda el proyecto y exige al Ministerio de Comunicaciones y Transportes como entidad promotora del proyecto que realice la consulta previa a los pueblos afectados (Ruiz-Molleda 2020 y Ruiz-Molleda y Másquez 2018)³¹⁶. La sentencia fue confirmada en marzo de 2015 por la Sala Civil de la Corte de Loreto³¹⁷ y ese mismo año el Ministerio de Transportes y Comunicaciones realizó la consulta previa del contrato de licitación del proyecto (Ruiz-Molleda et al. 2021). La relevancia de esta sentencia es que fue la primera vez que un pueblo indígena ganó un

³¹⁴ Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima, expediente N° 32365-2014, resolución n° 13-2017, de 28 de marzo de 2017.

³¹⁵ Corte Superior de Justicia de Puno, expediente N° 01846-2012-0-2101-JM-CI-03, resolución 39-2017.

³¹⁶ Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CI-01: Resolución N° 15 del Juzgado Mixto de Nauta.

³¹⁷ Resolución N° 24 (26 de marzo del 2015) de la Sala Civil de la Corte Superior de Loreto.

proceso de amparo ante el gobierno central para exigir la realización de la consulta previa (Servindi 2014).

Barreras a la eficacia del litigio constitucional estratégico en favor de los pueblos indígenas.

A pesar de estas acciones judiciales victoriosas, los abogados del Instituto de Defensa Legal Maritza Quispe y Juan Carlos Ruiz-Molleda advierten de los diferentes obstáculos que se encuentran en el ejercicio del litigio constitucional estratégico en favor de los pueblos indígenas: 1) La desnaturalización u ordinarización del proceso constitucional de amparo. Para hacer frente al despojo territorial que padecen, los pueblos indígenas del Perú recurren a la movilización de los procesos constitucionales contemplados en la constitución y el más utilizado es el proceso constitucional de amparo. Sin embargo, como en el interior del país no existen jueces constitucionales sino que son jueces civiles los que ejercen de jueces constitucionales, muchas de las demandas de amparo presentadas por pueblos indígenas están siendo rechazadas por cuestiones meramente formales por parte de estos jueces civiles que realizan un uso excesivo del Código Procesal Civil en detrimento del Código Procesal Constitucional. 2) La dilación de los procesos constitucionales debido a la similitud de los causales de improcedencia del art. 5 del Código Procesal Constitucional³¹⁸ con la figura de las excepciones o defensas previas³¹⁹, que conduce a un doble examen de la demanda -la valoración de la

³¹⁸ Los causales de improcedencia más utilizados por las contrapartes indígenas son que los hechos lesivos del petitorio de la demanda no estén referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, que existan vías procedimentales igualmente satisfactorias, que no se hayan agotado las vías previas, que se presente la demanda cuando ya haya cesado la violación del derecho o esta se haya convertido en irreparable, y que haya prescrito el plazo para interponer la demanda. Contrarrestar los intentos de la contraparte de obtener la improcedencia de la demanda se torna en un elemento central del litigio constitucional estratégico porque cuando se entra al fondo de la controversia las demandas indígenas acostumbran a ser acogidas por los tribunales. Desde el Instituto de Defensa Legal se rebate estos intentos con los siguientes fundamentos: en primer lugar, no todos los derechos de los pueblos indígenas han desarrollado con claridad cuál es el contenido constitucionalmente protegido y existen excepciones al requisito del agotamiento de la vía administrativa que ha sido un motivo por el que han caído muchas demandas indígenas. Tal y como sostiene el Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de la sentencia 0906-2009, caso Tarapacá, en casos de grupos humanos con extrema vulnerabilidad en el goce de sus derechos o en casos en que el contenido del derecho no esté claramente definido, deberá entenderse que se abre la vía del recurso de amparo. De esta manera, el Tribunal Constitucional inaplica el art. 5 del Código Procesal Constitucional y le da preponderancia al art. 7.2 de la constitución. En segundo lugar, el agotamiento del plazo para interponer la demanda reviste también de algunas consideraciones, ya que existen excepciones a la regla de 60 días hábiles como que si el hecho lesivo es de naturaleza omisiva el plazo no transcurre mientras persista la omisión, y que cuando los actos lesivos son continuados el plazo solo empieza a computar a partir del momento en que cesa totalmente la violación (Ruiz-Molleda 2021; Quispe 2021).

³¹⁹ Las excepciones más utilizadas son la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y la excepción de prescripción (Quispe 2021).

procedencia al momento de calificar la demanda y la valoración de las excepciones al momento de resolver la demanda- y vulnera el principio de plazo razonable aplicable a los procesos constitucionales que constituyen procesos de tutela urgente por estar en riesgo DF. 3) La aplicación estricta del art. 5.5 del Código Procesal Constitucional que establece que cuando haya cesado la violación del derecho o este sea ya irreparable debe declararse la improcedencia de la demanda. En casos de posibles vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas y sospechas de que la vulneración puede volverse a repetir, el juez debería aplicar el art. 1 del Código Procesal Constitucional del Título Preliminar que dice que cuando haya cesado la violación del derecho o sea irreparable, el juez no archivará sino que deberá admitir la demanda, entrar al fondo y ordenar a los demandados que no vuelvan a cometer los actos que ocasionaron la interposición de la demanda³²⁰. 4) La dilación del proceso constitucional mediante el uso de la denuncia civil -que tiene un plazo de 10 días- en lugar de la figura del *litis consorti* -cuyo plazo es de cinco días- para que otra parte diferente al demandado sea parte del proceso. 5) Plazo excesivo en la tramitación de los procesos de amparo que son procesos constitucionales de tutela urgente porque está en juego la restitución de DF y derechos colectivos de los pueblos indígenas. Como mucho deberían durar 15-20 días pero estos plazos no se cumplen y se han dado casos donde estos plazos han sido sobrepasados de manera intolerable (casos de la comunidad nativa de Santa Clara de Uchucuya y de la comunidad Nuevo Amanecer Hawái que piden la titulación del territorio y después de más de 5 y 7 años respectivamente aun no tienen sentencia firme o de la comunidad de San Andrés de Negrito que continua sin obtener una sentencia firme tras más de 11 años desde que interpuso su demanda). En definitiva, esta dilación en resolver procesos constitucionales de amparo tiene como efecto la vulneración del derecho al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, la desnaturalización y ordinarización del proceso constitucional de amparo al no cumplirse las reglas del Código Procesal Constitucional e imposibilita la restitución del derecho vulnerado (Quispe 2021). 6) Las estrategias de los opositores al litigio indígena de cuestionar la admisibilidad de sus demandas al desafiar su legitimidad para obrar con argumentos como que la comunidad indígena no tiene personalidad jurídica, la junta directiva no tiene su mandato inscrito en el registro público o que la

³²⁰ Es la naturaleza innovativa de los procesos constitucionales de tutela de derechos (Ruiz-Molleda 2021; Ruiz-Molleda y Másquez 2018).

demanda no la firma el presidente de la comunidad sino un comunero³²¹. Y por último, la concepción restringida del principio de legalidad de los jueces y operadores de justicia que se acogen a la literalidad de los preceptos legales con argumentos como la ley es la ley, olvidándose de que la validez de la ley depende de su compatibilidad con la constitución y los tratados y jurisprudencia internacional que forman parte del parámetro de control constitucional (Ruiz-Molleda 2021)³²².

5.2.3. Instituto Internacional Derecho y Sociedad (IIDS).

Desde el IIDS, bajo el liderazgo de Raquel Yrigoyen, también se ha utilizado el litigio constitucional estratégico para proteger derechos indígenas. A pesar de algunas victorias en algunos casos relevantes que han permitido avanzar en el camino hacia la descolonización de la justicia, se expone, no obstante, una mirada crítica respecto a la respuesta de la judicatura y, muy especialmente, del actual Tribunal Constitucional y los efectos materiales de las sentencias cuando estas han sido favorables.

Caso de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Uno de los casos más relevantes fue el de la Comunidad Nativa Tres Islas, Shipibo y Ese'Eja (Madre de Dios) pues se trata del primer caso en el que el Tribunal Constitucional reconoció la propiedad territorial y la autonomía de los pueblos indígenas a partir del reconocimiento de su derecho a la autodeterminación, lo que constituye un cambio de paradigma en la jurisprudencia del tribunal al hacer exigibles derechos que forman parte del *corpus iuris* de los derechos de los pueblos indígenas pero que no tenían aplicación práctica y realizar una interpretación desde el principio *pro homine* aplicando

³²¹ Estos argumentos son contrarrestados desde el Instituto de Defensa Legal acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 04611-2007-PA/TC donde resuelve que las comunidades nativas campesinas por el mero hecho de existir ya tienen personalidad jurídica independientemente de que se hayan inscrito o no y sostiene, además, que en la medida que se trata de afectaciones a derechos colectivos cualquier miembro de la comunidad puede presentar la demanda (Ruiz-Molleda 2021).

³²² La virtud de la jurisprudencia constitucional es que los fallos de los tribunales tienen efectos más allá de las partes y también la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los poderes públicos de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. Adicionalmente, la vinculatoriedad de las sentencias no se limita a la parte resolutive sino también a la *ratio decidendi* (Ruiz-Molleda 2021).

la norma más favorable a los pueblos³²³. En *Litigio estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas”. Madre de Dios-Perú*, Yrigoyen desarrolla las particularidades y significancia del caso. La judicialización del caso estaba motivada por el intento de la parte indígena de ejercer funciones jurisdiccionales y control territorial para impedir el tránsito rodado de camiones en un contexto en que venían operando en sus territorios actividades de tala ilegal y minería informal y que no habían sido consultadas ni autorizadas por parte de las comunidades. Los fallos de primera y segunda instancia consideraron que los intentos de la parte indígena de ejercer funciones jurisdiccionales constituían una obstrucción ilegal y una violación del derecho al libre tránsito de los particulares y, posteriormente, la autoridad indígena pasó a ser investigada por presunto delito contra los medios de transporte, lo que constituía una persecución penal arbitraria que amenazaba ilegítimamente la libertad individual de la autoridad indígena y vulneraba DF de su comunidad, ya que el ejercicio de funciones jurisdiccionales no constituye un delito y su persecución es inconstitucional en la medida en que las decisiones de las autoridades indígenas sean razonadas, razonables, proporcionales, no arbitrarias y resultado de un ejercicio de ponderación para proteger bienes de carácter superior en casos de colisión entre diferentes derechos y restrinjan únicamente derechos que no afecten al núcleo de derechos intangibles (derecho a la vida, a la integridad, a la libertad individual y al debido proceso). La sentencia del Tribunal Constitucional en este caso marca un quiebre con la jurisprudencia anterior del tribunal que consideraba la DNU como derecho blando y, por tanto, no exigible y desarrolla por primera vez una interpretación extensiva del contenido de la autonomía comunal prevista en la Constitución en base a los estándares del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas, de forma que desarrolla una interpretación de la autonomía y territorios indígenas donde se integran la dimensión económica, política, cultural y espiritual. En definitiva, el tribunal establece una hermenéutica pluralista y pro indígena en la interpretación de los preceptos constitucionales a la luz de los estándares fijados por el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de la Corte IDH y la DNU, y considera que el término tierras comunales debe interpretarse que incorpora el concepto de territorios y la totalidad del hábitat que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra manera; que la posesión del territorio de los pueblos indígenas comporta la garantía de la propiedad independientemente de que las tierras estén tituladas o no; que los recursos naturales

³²³ Tribunal Constitucional, Exp. 1126-2011-HC/TC, Caso Comunidad Nativa Tres Islas, Madre de Dios. Juana Griselda Payaba Cachique, de 11 de septiembre de 2012.

necesarios para la supervivencia de los pueblos debe entenderse que son parte de la propiedad territorial indígena, lo que obliga a una reinterpretación del art. 66 de la Constitución que establece que los recursos naturales son de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento, disposición que había fundamentado leyes y políticas públicas que despojaban a los pueblos indígenas de bosques, aguas y otros recursos naturales existentes en sus territorios; reconoce los territorios indígenas como espacios de reproducción material, simbólica y cultural para justificar la protección reforzada de los territorios indígenas; reconoce que los derechos territoriales indígenas comportan la capacidad del ejercicio del autogobierno y la autonomía sobre el mismo, que incluye la aplicación de normas y funciones jurisdiccionales, y que en base al derecho a la autodeterminación puedan definir su destino y sus modelos de desarrollo; y que las resoluciones entre bienes jurídicos deben encontrarse desde el diálogo y no desde la imposición institucional; y aplica los derechos que el derecho internacional otorga a los pueblos indígenas a las diferentes categorías de sujetos colectivos que aparecen en la constitución (comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas, pueblos originarios u otros), de forma que impide que normas secundarias y políticas públicas se refieran a estas categorías de sujetos colectivos para inaplicar los estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas. En base a estos estándares, la sentencia resuelve que el acceso de terceras personas al territorio indígena y las concesiones administrativas para la minería artesanal, construcciones de carreteras y licencias de transporte sin la realización de la consulta previa y la obtención de su consentimiento constituye una vulneración de los derechos de propiedad territorial y de autonomía, y ordena el cese de todo acto que violente la propiedad o la autonomía, de lo que debería derivarse que la policía no persiga a los miembros de la comunidad ni haga caso de denuncias vinculadas al ejercicio del control territorial o que la fiscalía retire la acusación y solicite el archivo de los procesos penales. Sin embargo, a pesar de esta resolución favorable del Tribunal Constitucional que establece la nulidad de todas las concesiones mineras en el territorio por falta de consulta previa y que ordena el retiro de los mineros, la reparación de los daños y la reforestación, la satisfacción del derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas se disputa finalmente en el terreno de la eficacia de la protección de los derechos, es decir, en la ejecutoriedad de las decisiones jurisdiccionales que protegen derechos indígenas y es aquí donde se han encontrado más obstáculos, entre ellos, un diseño institucional que mandata a los operadores de justicia locales -que habían fallado en contra de las pretensiones indígenas- la responsabilidad de

hacer ejecutar lo juzgado por parte del Tribunal Constitucional (Yrigoyen 2013). Tras más de diez años, la sentencia todavía no ha sido ejecutada en su totalidad y los ministerios del Ejecutivo todavía no han cumplido con las medidas cautelares dictadas por la CIDH, de forma que la minería ilegal continua operando en el territorio indígena y estos déficits en la ejecutoriedad de la sentencia conducen a que los accionantes indígenas empiecen a cuestionarse la utilidad de recurrir al litigio estratégico como instrumento para lograr cambios sociales y políticos (Yrigoyen 2021 y 2022). Es más, como señala Yrigoyen, el precedente sentado por el caso no ha tenido continuidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que continua siendo la alta Corte más rezagada de la región en materia de derechos de pueblos indígenas y no ha sido capaz en la última década de emitir una sola sentencia favorable a los derechos territoriales, a la personalidad jurídica o a la consulta previa de los pueblos indígenas según los estándares internacionales y ningún pueblo andino, amazónico o afroperuano ha podido ejercer su personalidad jurídica como pueblo ni tener título de propiedad de su territorio, violando el Convenio 169 de la OIT (Yrigoyen 2021 y 2022)³²⁴.

Caso del pueblo achuar del Pastaza.

Recientemente, el Tribunal Constitucional desestimó la oportunidad de revertir esta tendencia con su sentencia en el caso del pueblo achuar del Pastaza, que reclamaba i) el reconocimiento de su personalidad jurídica como pueblo indígena mediante su inscripción en los Registros Públicos-SUNARP (y no fragmentado en comunidades, ni obligado a registrarse como “Asociación”); ii) la titulación de la propiedad de su territorio integral como Pueblo (y no fragmentado en comunidades, y no de “cesión en uso” del área forestal); y, iii) la declaratoria de la nulidad del lote 64 y demás lotes petroleros y actos emitidos sin consulta previa y ordenar la remediación de sus aguas, bosques, y la atención de su salud integral (IIDS 2021)³²⁵. Tras más de tres años de espera desde la presentación del recurso por parte del pueblo achuar de Pastaza, el Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda de amparo y niega los derechos colectivos de los pueblos indígenas al considerar que los derechos establecidos por los tratados de derechos humanos no “necesariamente” tienen rango constitucional por lo que

³²⁴ Ver posts realizados por Raquel Yrigoyen en su portal de Facebook.

³²⁵ Tribunal Constitucional del Perú, sentencia expediente número 1171-2019-AA, de 18 de noviembre de 2021.

no constituyen DF. De esta manera, el Estado continúa sin cumplir con estas tres obligaciones no solo respecto del pueblo Achuar, sino respecto de todos los pueblos, por lo que el caso da visibilidad de un estado de cosas inconstitucional que afecta a todos los pueblos³²⁶ y que ante la renuencia del Tribunal Constitucional va a tener que ser revertido por la Comisión o la Corte IDH (Yrigoyen 2022, 2021, 2020; IIDS 2022)³²⁷. Desafortunadamente, el quiebre con la jurisprudencia previa que ha supuesto esta sentencia ha tenido continuidad en otro caso patrocinado desde el Instituto de Defensa Legal en relación a la omisión del derecho a la consulta previa en el otorgamiento de concesiones mineras en territorio originario de las comunidades campesinas de Chila Pucara y Chila Chambilla (Puno)³²⁸. En la sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la consulta previa no está en la Constitución, no es un DF, no tiene rango constitucional y no puede ser protegido por el amparo, privando a los pueblos indígenas de este derecho esencial para la protección de su cultura y de su territorio. Ante el giro conservador del tribunal, Yrigoyen concluye que no tiene sentido acudir a esta instancia para reclamar derechos indígenas (Prado 2022).

³²⁶ No hay un solo pueblo en el Perú que tenga su personalidad jurídica como pueblo inscrita en los Registros Públicos y que tenga título de su propiedad territorial como Pueblo. Y tampoco el Estado ha hecho la consulta previa de ningún lote petrolero o concesión minera antes de establecerla (Yrigoyen 2022).

³²⁷ Ver *posts* realizados por Raquel Yrigoyen en su portal de Facebook con fechas de 4 de enero de 2022, 3 de enero de 2022, 13 de diciembre de 2021, 18 de noviembre de 2021 y 3 de enero de 2020.

³²⁸ Sentencia 27/2022, EXP. N.º 03066-2019-PA/TC.

3. GUATEMALA.

En el trabajo *La acción jurídica indígena en Guatemala*, González-Serrano y Viaene (2021) dan cuenta de las particularidades y los procesos de juridificación de la política indígena en Guatemala. En primer lugar, destacan que la defensa y reclamación de los derechos indígenas en escenarios judiciales en Guatemala tiene la peculiaridad de que es directamente asumida por los propios abogados indígenas sin depender de ONGs o bufetes especializados de abogados no indígenas que asuman la representación y acompañamiento de las comunidades a lo largo de los procedimientos judiciales. Esta particularidad la distingue de la movilización legal indígena de otros países latinoamericanos y hace de Guatemala un referente destacado en la acción legal indígena por i) el rol de los abogados indígenas, que ejercen de mediadores de conocimiento entre los estándares internacionales de derechos humanos y la forma cómo estos son entendidos y dotados de significación a nivel local, pero asumiendo estas funciones de traducción legal desde la no neutralidad, como actores políticos que buscan transformar las lógicas y estructuras racistas del Estado y proyectar la voz y el sentir de los excluidos; y ii) por la singularidad y diversificación de las prácticas y estrategias judiciales indígenas que han recurrido a la movilización de diferentes jurisdicciones –constitucional, penal, civil- y a múltiples instrumentos probatorios, desde pruebas periciales, vistas públicas, *amicus curiae* e interrogatorios de parte (González-Serrano y Viaene 2021).

En segundo lugar, en lo que concierne a la valoración de los efectos que han tenido las estrategias de juridificación del movimiento indígena en Guatemala, las autoras destacan que el primer gran éxito de la judicialización de sus demandas fue el reconocimiento de la personalidad jurídica de las autoridades y colectividades indígenas como estructuras comunitarias legítimas y con sistemas propios de derecho y de justicia. Desde este reconocimiento de las autoridades y colectividades indígenas como sujetos plenos de derecho, se abrió el camino a futuras reclamaciones administrativas y judiciales vinculadas con derechos a la propiedad de la tierra y que, además, impulsó la reorganización de los pueblos y de sus autoridades para sustentar y dar mayor fuerza a sus demandas. A pesar de que es posible encontrar casos victoriosos de reclamaciones de tierras en escenarios judiciales, en los últimos tiempos se constata un retroceso en la jurisprudencia constitucional porque los tribunales están derivando el conocimiento de

estas causas a la jurisdicción civil por considerar que el recurso de amparo no es la vía procesal pertinente (González-Serrano y Viaene 2021).

En lo que concierne a la oposición al extractivismo en sus territorios, la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1997 marca un punto de inflexión a partir del cual los pueblos indígenas empiezan a movilizar los estándares internacionales para confrontar los proyectos extractivistas ante los tribunales de justicia, invocando sobre todo el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, que es utilizado por los abogados indígenas como el argumento jurídico para demandar la protección de otros derechos colectivos. Los resultados de esta estrategia de judicialización han sido ambiguos y los intentos por diversificar los derechos reclamados en las demandas -derechos territoriales, al equilibrio ecológico o al agua- invocando la jurisprudencia más garantista de la Corte IDH o de la Corte Constitucional de Colombia no han sido en general acogidos por los tribunales, que se han limitado a reconocer en sus fallos la violación del derecho a la consulta y al consentimiento previo. Incluso en los casos en que las demandas indígenas han sido acogidas y se ha logrado obtener interpretaciones jurídicas más garantistas de los derechos de los pueblos indígenas, en la práctica, ningún proyecto extractivista ha sido efectivamente detenido y cancelado (González-Serrano y Viaene 2021). Por consiguiente, desde un enfoque estrecho y materialista, podría decirse que la estrategia de judicialización ha sido poco efectiva porque las transformaciones del *status quo* han sido débiles. No obstante, desde un enfoque constructivista, la movilización del derecho colectivo al territorio como argumento jurídico introducido en las demandas judiciales ha promovido la revitalización de la lucha política y la organización comunitaria y el fortalecimiento de la identidad de los pueblos, recuperando la memoria de su relación con sus espacios territoriales, sus prácticas consuetudinarias y su cosmovisión. En este sentido, han jugado un papel destacado los peritajes requeridos por los abogados indígenas como medio probatorio para crear convencimiento al juez ya que, cada vez más, se ha ido diversificando la naturaleza de los actores que participan de estos peritajes por ser considerados expertos y profundos conocedores de las realidades indígenas, abriéndose así un espacio para escuchar la voz de los excluidos –ancianos, autoridades indígenas y líderes comunitarios (González-Serrano y Viaene 2021). El valor del peritaje, más allá de si es tenido en cuenta o no por el juez, radica en su contribución a mover las fronteras del debate jurídico, en abrir los escenarios judiciales a saberes y actores subalternos y así, eventualmente,

conducir a la protección de derechos indígenas (Sieder 2021, citado por González-Serrano y Viaene 2021).

Algunos casos paradigmáticos en materia de tierras son el de las comunidades indígenas kaqchikeles de Chuarrancho, donde la Corte de Constitucionalidad reconoce a la autoridad indígena como sujeto procesal y procede a la restitución de la propiedad comunal o el caso del pueblo maya Ixil de Nebaj que logra que la Corte de Constitucionalidad le restituya la propiedad de la tierra despojada en tiempos de dictadura (González-Serrano y Viaene 2021; Herrera 2020)³²⁹.

5.3.1. Asociación de Abogados y Notarios Mayas – Nim Aipu.

La Asociación de Abogados y Notarios Mayas - Nim Ajpu viene apoyando las acciones judiciales de diferentes comunidades indígenas³³⁰ y ha logrado algunas victorias importantes en sentido estrecho, aunque está por ver cuáles serán los efectos materiales de estas sentencias.

Caso del proyecto hidroeléctrico Hidro Salá.

En el caso del proyecto hidroeléctrico Hidro Salá, la Corte Suprema de Justicia otorga el amparo definitivo a autoridades mayas Mam y suspende la licencia del proyecto hidroeléctrico porque el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, violaron derechos colectivos del pueblo maya Mam, del municipio de San Pablo, en el departamento de San Marcos, ya que autorizaron la operación de la empresa “Hidro Salá” sin consultar de manera libre, previa e informada a las comunidades que conviven en dicho territorio³³¹. En este fallo, catalogado como garantista y moderno respecto al reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas (Ixcamparij 2022, Tzul 2022), la Corte Suprema realiza un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial y en base a la doctrina del bloque de constitucionalidad y considerando los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y la

³²⁹ Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo. Amparo No. 01044-2012- 363, del 16 de octubre de 2012. Corte de Constitucionalidad, expediente 3883-2017, de 3 de agosto de 2020.

³³⁰ La Asociación de Abogados y Notarios Mayas no es la única organización de abogados maya en Guatemala.

³³¹ Corte Suprema de Justicia de Guatemala, sentencia de amparo 3009-2018.

jurisprudencia de la Corte IDH, decide suspender la licencia del proyecto de la CH Hidro Salá así como las modificaciones al contrato de autorización definitiva por violaciones del derecho a la consulta previa y otros derechos interdependientes de la consulta como el derecho a la vida y a la identidad cultural propia (Ixcamparij 2021)³³², el derecho al medio ambiente y al equilibrio ecológico, y el derecho a la defensa y al debido proceso, y ordena al Ministerio de Energía y Minas la realización de la consulta previa con las 32 comunidades maya afectadas en conformidad con los estándares del Convenio 169 de la OIT y las pautas descritas por la propia Corte en los expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 (Tzul 2022). El fallo de la Corte Suprema de Justicia se encuentra recurrido por el Ministerio de Energía y Minas y la empresa ante la Corte de Constitucionalidad con las siguientes alegaciones: falta de legitimación activa, no cumplir con los presupuestos procesales de temporaneidad y definitividad, supremacía de la constitución sobre los tratados internacionales, la no evidencia de los agravios ocasionados y el requerimiento que se aplique el criterio establecido por la propia Corte de Constitucionalidad en el caso Oxec I y Oxec II. Estos argumentos son rebatidos por los abogados defensores de las comunidades indígenas y también por el Ministerio Público: los postulantes, tal y como reconoció la Corte Suprema de Justicia, son los legítimos representantes de un sujeto colectivo como el pueblo maya (Tzul 2022); existe abundante jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad que estima que en casos donde la vulneración de DF es resultado de conductas omisivas no opera el plazo rígido y estricto de 30 días que contempla la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad para presentar la acción de amparo y que tampoco tiene lugar la exigencia de utilizar los recursos administrativos previos a la acción de amparo cuando los amparistas no han participado en ningún momento en la aprobación de la medida administrativa en cuestión; que las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del catálogo de derechos que integran el bloque de

³³² La Corte estima que la omisión de la consulta afecta “*no solamente al elemento cultural sino que a la vida de la población indígena en su relación con la naturaleza y obviamente el río*” (Ixcamparij 2021). En su fallo, la Corte Suprema de Justicia tomó en consideración el testimonio de Abigail Pérez Ortiz, autoridad indígena ancestral que da visibilidad a los diferentes efectos adversos que el desvío de 8 kms del río acarrearía para el *sentipensar* de las comunidades y su vínculo con el entorno natural donde habitan y con el río en tanto que lugar donde se abastecen de agua para beber y cultivar sus cosechas, donde lavan las mujeres y juegan los niños, donde pescan peces y camarones, donde realizan sus ceremonias, y donde van a beber zorros, mapaches, aves y el venado. El río además constituye un importante sustento de la diversidad biológica de la región al nutrir un ecosistema particular donde existe un importante reservorio de quetzales (Pérez-Ortiz 2019) y conforma una de las pocas reservas naturales que todavía existen en Guatemala. Por todo ello es que también se reclama el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos invocando el caso Atrato de Colombia y la propia cosmovisión maya (Ixcamparij 2019).

constitucionalidad; que los agravios son evidentes ya que como señaló la Corte Suprema de Justicia la realización de reuniones y mesas informativas y de diálogo son actos privados que solo benefician a la empresa y que no ameritan la condición de proceso de consulta previa con los pueblos indígenas; y que no aplica el criterio de la parte resolutive de la sentencia del Caso Oxec I y Oxec II dado que ambos proyectos se encuentran en etapas totalmente distintas y el proyecto de la central Hidro Salá todavía no ha iniciado las obras de construcción (Tzul 2022; Ixcamparij 2022 y Galindo 2022). A pesar de estos fundamentos jurídicos, existe temor entre los abogados y periodistas indígenas respecto a cuál va a ser la resolución de la Corte debido a las interpretaciones poco garantistas de DF que ha venido desarrollando en los último tiempos (Ixcamparij 2021, Pop 2021, Castro 2021, Ramón 2021).

Caso de la minería en la cantera de los Manantiales.

En el caso de la empresa minera “Cantera Los Manantiales”, que había logrado su licencia violentando el proceso de consulta previa y sin obtener un dictamen favorable del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales para el EIA (Toro 2019), la Asociación de Abogados y Notarios Mayas ha logrado la suspensión de la actividad minera y que la Corte Suprema de Justicia exija que los proyectos de semejante envergadura deban realizar un manejo sostenible de los recursos naturales para garantizar los derechos de las futuras generaciones (Ixcamparij 2021).

5.3.2. Bufete para Pueblos Indígenas.

Al margen de los efectos del litigio en sentido estrecho, desde el Bufete de Pueblos Indígenas también se considera el litigio estratégico como un instrumento que permite identificar, dar voz y empoderar al sujeto político que son las autoridades ancestrales y las comunidades indígenas y arma los casos desde la construcción colectiva y el diálogo interdisciplinar entre autoridades indígenas, organizaciones civiles, antropólogos, historiadores, arqueólogos y académicos y estudiantes del ámbito del derecho como una estrategia que permite acciones más integrales, cambiar las mentes y los corazones de sus interlocutores y avanzar hacia el cambio social (Castro 2021).

Caso del régimen jurídico de las aguas.

Ante los límites que se han manifestado en el litigio constitucional para confrontar los proyectos extractivos, el Bufete para Pueblos Indígenas ha optado también por poner en su punto de mira reformas legislativas sectoriales con el propósito de sentar un piso jurídico desde donde impulsar una práctica decolonial del Derecho. De esta manera, el Bufete para Pueblos Indígenas, en coordinación con otras organizaciones de la sociedad civil, presentaron un recurso solicitando la inconstitucionalidad por omisión³³³ y reclamaron de que el agua sea reconocida como un ser vivo en una demanda sustentada en las ontologías indígenas y algunos precedentes internacionales (Castro 2021). La pretensión del recurso era obtener una exhortativa de la Corte de Constitucionalidad al Estado para que elabore el régimen jurídico de aguas incorporando el principio del interés social y la percepción indígena del agua tanto en su dimensión material como espiritual, es decir, el agua como ser vivo con sus ciclos, que se conecta con el cosmos, que tiene carácter sagrado y un espíritu protector. El recurso argumentaba que la falta de desarrollo legislativo comportaba una afectación a sus derechos a la igualdad, a la identidad, a mantener y fortalecer su relación con el agua de sus territorios, a la vida, a la propiedad, a vivir en armonía con la naturaleza, y a un medio ambiente sano, seguro y sostenible. Si bien se rechazó la declaratoria de inconstitucionalidad por defectos formales, el 28 de noviembre de 2019 la Corte de Constitucionalidad emite su resolución que consiste en una exhortativa al Congreso para que tramite y promulgue una ley de aguas advirtiéndole que la ley debe respetar la relación material y espiritual de los pueblos indígenas con el agua y sus cosmovisiones³³⁴. El reto para el Bufete para Pueblos Indígenas es conseguir que estas sentencias “favorables” sean efectivamente implementadas y ello es todavía más evidente cuando se trata de la adopción de medidas legislativas. Es por ello que ante la renuencia del Estado a regular el régimen de aguas en Guatemala, el Bufete para Pueblos Indígenas ha presentado medidas cautelares ante la CIDH (Castro 2021).

³³³ La CP mandata al Estado el desarrollo normativo de las leyes sectoriales de agua (art. 127) y de pueblos indígenas (art. 70).

³³⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Exp. 452-2019, de 7 de noviembre de 2019.

5.3.3. Litigio maya frente al extractivismo hidroeléctrico.

En lo que concierne a la oposición a los proyectos hidroeléctricos, la movilización indígena se ha topado en los últimos tiempos con una interpretación restrictiva del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas por parte de la Corte de Constitucionalidad. Se revisan tres casos, uno por su trascendencia en materia de consulta previa (CH Oxec I y Oxec II), y otros en que los recurrentes son auxiliados por abogados de la Asociación de Abogados y Notarios Mayas de Guatemala (CH San Luis) y del Bufete para Pueblos Indígenas (caso de la CH Pojom II).

Caso de las centrales hidroeléctricas Oxec I y Oxec II.

Uno de los casos que reviste más importancia en la oposición a proyectos hidroeléctricos es el caso de las centrales Oxec I y Oxec II. A raíz de la acción de amparo presentada por Bernardo Cal Xól contra las licencias otorgadas inconsultamente por el Ministerio de Energía y Minas para la implementación de los proyectos hidroeléctricos Oxec I y Oxec II en el municipio de Santa María Cahabón, en el departamento de Alta Verapaz, en donde se alegaba la vulneración de los derechos de la comunidad maya q'eqchi a la vida, a la salud, al medio ambiente y equilibrio ecológico, al agua, a la consulta, así como del principio de legalidad, la Corte Suprema de Justicia otorga el amparo por omisión de la consulta previa pero su decisión es apelada por el ministerio de Energía y Minas y las empresas hidroeléctricas por considerar que no cumplía con los presupuestos procesales de definitividad, temporalidad y legitimación activa y sostener que no se había precisado el acto reclamado, la autoridad impugnada y el agravio ocasionado³³⁵. De esta manera, el caso llega a la Corte de Constitucionalidad que desestima las alegaciones de los apelantes referidas a los presupuestos procesales, entra a valorar el fondo de la controversia y constata la persistencia de gran cantidad de demandas en la jurisdicción constitucional vinculadas a la vulneración del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, bien sea debido a la omisión de la consulta o a la inobservancia de los estándares de la misma por parte de los diferentes poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Es por ello, que ante esta problemática generalizada, la Corte de Constitucionalidad decide realizar un fallo atípico de carácter

³³⁵ En primera instancia habían alegado también que sí habían tenido lugar procesos de consulta y que la autorización de las centrales había sido ajustada a derecho.

estructural y nomogénico atendiendo a los principios de razonabilidad y autocontención en el ejercicio de sus competencias para proteger el DF de los pueblos indígenas a la consulta previa. De esta manera, los procedimientos y estándares de la consulta que fija en la sentencia estructural deberán implementarse en otros casos concernientes a la consulta previa y tomarse en cuenta por todas las autoridades públicas y no solo por la entidad reclamada –Ministerio de Energía y Minas- en tanto el Congreso no asuma el desarrollo legislativo de este derecho. Es decir, la Corte desarrolla un conjunto de lineamientos que deben tomarse en consideración para garantizar la efectividad del derecho a la consulta previa en Guatemala y que son aplicables a todos los casos que guarden relación con dicho derecho en tanto no tenga lugar la reglamentación de la consulta en el país. Tras destacar que la omisión legislativa no impide la inserción de la consulta en el bloque de constitucionalidad como DF en virtud de los arts. 44 y 46 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad ordena al Ministerio de Energía y Minas liderar la elaboración e implementación de un plan de trabajo para desarrollar un proceso de consulta que pueda conducir eventualmente a acuerdos entre las partes interesadas y que debe incorporar los siguientes estándares: 1) la consulta ha de ser previa a cualquier autorización estatal que pueda potencialmente afectar a las comunidades indígenas y debe realizarse desde la fase exploratoria o de planificación del proyecto para que las comunidades indígenas concernidas puedan conocer, comprender y pronunciarse respecto de cada uno de los efectos de las medidas que pretenden adoptarse en base a su derecho propio y sus modelos de discusión interna; 2) la consulta debe ser informada para determinar si los intereses de las comunidades indígenas se verán afectados y en qué medida. Por consiguiente, el Estado tiene la obligación de proporcionar información precisa sobre la naturaleza y consecuencias de los proyectos hidroeléctricos en las comunidades indígenas tanto antes como durante el proceso de consulta. La Corte de Constitucionalidad observa que el carácter informado de la consulta se vincula de manera estrecha con el derecho de los pueblos a definir sus propias prioridades y estrategias de desarrollo. En este sentido, la Corte de Constitucionalidad señala un conjunto de obligaciones que tiene el Estado para satisfacer el carácter informado de la consulta, como i) facilitar estudios científicos independientes a las comunidades indígenas respecto de los impactos y beneficios que los proyectos hidroeléctricos pueden ocasionar en sus vidas, cultura, espiritualidad y medio ambiente; ii) la respuesta de las comunidades indígenas al Estado solo puede tener lugar cuando el requisito anterior haya sido satisfecho; iii) el Estado debe respetar el idioma, instituciones representativas y procedimientos de toma

de decisiones propios para que la consulta sea culturalmente pertinente; iv) la consulta tiene que ser de buena fe con el propósito de alcanzar un acuerdo y no se agota únicamente con una notificación o trámite de cuantificación de daños; v) el Estado tiene que generar un clima de confianza entre las partes; vi) la consulta tiene que ser absolutamente transparente y no puede ocultarse ningún tipo de información que pueda afectar la decisión y los derechos de los pueblos indígenas; vii) la decisión de los pueblos indígenas debe adoptarse sin ningún tipo de presión, extorsión, coerción, persecución, tergiversación de la información, engaño, ardid o artimaña que nulifique su decisión o consentimiento; viii) no tienen cabida intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas ni negociaciones secretas y paralelas con líderes o personas individuales de la comunidad.

Para satisfacer estos estándares de la consulta, la Corte de Constitucionalidad desarrolla una serie de pautas y procedimientos que los diferentes actores involucrados en el caso deben implementar para satisfacer el derecho a la consulta previa de las comunidades maya q'eqchi en el plazo de 12 meses: el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales debe entregar al Ministerio de Energía y Minas el expediente del EIA y un informe donde se recojan los efectos del proyecto hidroeléctrico y su área de influencia; el Ministerio de Energía y Minas debe hacer una convocatoria de preconsulta en todos los medios de comunicación y difusión de Santa María Cahabon en idiomas castellano y q'eqchi para que asistan representantes del ministerio, el consejo municipal, las comunidades mayas radicadas en la zona de influencia, representantes de los ministerios de Cultura y Deportes y de Medio Ambiente y Recursos Naturales, la junta directiva de la comunidad lingüística q'eqchi, los Consejos Comunitarios de Desarrollo de Santa María Cahabon, las empresas Oxec SA y Oxec II SA, representantes de la Procuraduría de Derechos Humanos y de las universidades de San Carlos y de las universidades privadas que integran el Consejo Departamental de Desarrollo del departamento de Alta Verapaz; una vez acreditados los asistentes, se procede al inicio de la consulta en el que cada uno de los actores proporciona información objetiva y veraz sobre los efectos del proyecto en las comunidades indígenas que se encuentran dentro del área de influencia y se consensuan los mecanismos, procedimientos y calendarización para la realización de la consulta; finalizada la preconsulta, se abre la consulta con la finalidad de i) brindar a las comunidades maya q'eqchi una descripción objetiva, plena y transparente de la naturaleza y alcance de los impactos de las CH proyectadas, y de las

posibilidades de mitigación, compensación o resarcimiento de los daños; ii) ofrecer a las autoridades públicas una visión culturalmente pertinente y ajustada de las preocupaciones y expectativas de las comunidades maya; y iii) tratar de llegar a un acuerdo entre las partes interesadas, donde la opinión del resto de actores es indicativa y donde la Procuraduría puede ejercer de facilitador o mediador si así lo que requieren las partes. Una vez alcanzados los acuerdos, corresponde a las entidades gubernamentales y municipales competentes definir y autorizar las formas para dar cumplimiento a los mismos.

Dado que en el caso de las centrales Oxec I y Oxec II el Estado había autorizado de manera inconsulta la construcción de estas CH, la Corte de Constitucionalidad ordena al Ministerio de Energía y Minas que deberá encaminar el diálogo a la obtención de acuerdos respecto de las medidas de mitigación o reparación de los daños ocasionados por las centrales, especialmente aquellos que tengan que ver con afectaciones al derecho a la vida, a la salud, a la educación y al desarrollo económico y cultural de los pueblos indígenas. Es decir, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte de Constitucionalidad acoge el amparo de las comunidades maya q'eqchi y ordena al Ministerio de Energía y Minas la realización de la consulta previa ajustándose a las pautas desarrolladas en la sentencia en un plazo de 12 meses durante el cual las CH podrán continuar operando ya que la Corte entiende que al no existir un procedimiento establecido de consulta, la inobservancia de la consulta es imputable al Estado y no a las empresas, por lo que no deberían verse perjudicados los derechos de estos terceros sobre quienes no recae la obligación de agotar el proceso de consulta. Además, ordena que el Ministerio de Energía y Minas debe rendir informes trimestrales respecto a los avances alcanzados en la realización de la consulta y al terminar el año deberá entregar un informe completo de todo el proceso ante el Tribunal de Amparo de primera instancia responsable de la verificación del cumplimiento de la sentencia. En caso de que persista la no observancia de la consulta previa con las comunidades indígenas afectadas, la Corte de Constitucionalidad contempla diferentes efectos jurídicos en función de cuál sea el sujeto responsable de la inobservancia: si no se completa el proceso de consulta por causas no imputables a las autoridades del Estado o a las empresas hidroeléctricas, se podrá prorrogar el plazo en el tiempo que el Tribunal de Amparo de primera instancia estime oportuno para finalizar la consulta; si es debido a causas imputables al Estado, se podrá prorrogar el plazo a petición de los otros intervinientes y se derivarán las responsabilidades civiles, penales y administrativas correspondientes sin perjuicio de lo

contemplado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad; si las causas son imputables a las empresas hidroeléctricas, se ordenará al ministerio de Energía y Minas la cancelación de las licencias y autorizaciones sin que ello suponga la exoneración de las medidas de mitigación y reparación que correspondan; y si las causas son imputables a los pueblos indígenas, los proyectos hidroeléctricos podrán continuar con sus operaciones y deberán informar al Tribunal de Amparo de primera instancia para que dicte las medidas oportunas.

Por último, la Corte de Constitucionalidad constata que la omisión del legislador a la hora de regular la consulta ha provocado un clima de conflictividad en torno a los proyectos energéticos e inseguridad jurídica respecto de los derechos indígenas y de la inversión privada, por lo que tras más de diez años de reiteradas e infructuosas exhortaciones al Legislador para que desarrolle la legislación de la consulta previa, la Corte de Constitucionalidad decide dar un paso más³³⁶ y compeler a los diputados del Congreso a que en el plazo de un año se tramite y apruebe la normativa relativa al derecho de consulta previa con la participación sistemática y coordinada de integrantes de los pueblos indígenas³³⁷.

La movilización legal maya q'eqchi logró en este caso que la Corte asumiera un rol más intervencionista en la defensa del orden constitucional por medio de una sentencia estructural que pretende sentar los fundamentos para superar las barreras que impiden el pleno ejercicio de un derecho colectivo y de prestación como la consulta previa. Sin embargo, tal y como señala Yagenova, la sentencia de la Corte de Constitucionalidad asentó unos precedentes preocupantes para los pueblos indígenas: i) no acogió una de las principales demandas de los amparistas como era la suspensión de la operación y construcción de las CH, por lo que en definitiva, la Corte vacía de efectividad el amparo otorgado³³⁸ y desnaturaliza la consulta al eliminar su carácter previo a toda medida administrativa susceptible de afectar a pueblos indígenas. Así, la Corte construye una consulta *postfacto* que da cobertura a una política de hechos consumados para no perjudicar los intereses de la inversión privada y que es un reflejo de una concepción de la consulta utilitarista para el discurso desarrollista en el sentido que al realizar un

³³⁶ Se trata de la primera sentencia estructural en la historia constitucional de Guatemala (Morán 2018).

³³⁷ Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 93-2017, de 26 de mayo de 2017.

³³⁸ Tal y como observó el Relator de Naciones Unidas, la resolución de la Corte de Constitucionalidad no está en conformidad con los estándares internacionales ya que omite suspender las operaciones de las centrales (Tauli-Corpuz 2018a).

ejercicio de ponderación entre los derechos de los pueblos indígenas y de los privados, la Corte de Constitucionalidad entiende la consulta como la herramienta que va a permitir alcanzar consensos para garantizar el fin último que es el desarrollo económico del país. Desde este enfoque, la Corte de Constitucionalidad no contempla los disensos en los procesos de consulta y tampoco reconoce como vinculantes las consultas ancestrales del pueblo maya a la hora de definir las políticas públicas y el ordenamiento territorial. Por último, otro elemento preocupante de la sentencia desde el punto de vista de la protección de los derechos indígenas es que limita la consulta a las comunidades indígenas que se encuentran dentro del área de influencia definida por el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, donde no ha habido participación de las comunidades y donde no se considera los impactos acumulativos que afectan a todos los pueblos indígenas que habitan en el municipio (Yagenova 2018)³³⁹.

Se han observado varios efectos adversos de este precedente jurisprudencial establecido para CH en funcionamiento o construcción como el caso Oxec I y Oxec II:

En primer lugar, ha sido utilizado por inversores privados en casos posteriores relativos a CH que todavía se encuentran en fase de obtención de las licencias o que no han iniciado las obras de construcción para solicitar que no se suspenda el avance de los proyectos por motivo de la realización de la consulta previa (Castro 2021, Ixcamparij 2022). De la misma manera, otros proyectos extractivos en fase de explotación están solicitando en los tribunales la replicabilidad de la parte resolutive de la Sentencia 90-2017, 91-2017 y 92-2017 en el sentido de que no se suspendan sus actividades por causa de omisión de la consulta previa en la licitación de los proyectos³⁴⁰.

³³⁹ La sentencia de la Corte de Constitucionalidad solo consideró que debían participar en los procesos de consulta las 11 comunidades que el Ministerio de Energía y Minas y la empresa habían identificado como afectadas por las CH. Se realizó una consulta en noviembre de 2017, pero no tuvo lugar de manera pública en todas las comunidades afectadas por las CH e integrantes del movimiento opositor pertenecientes a las 11 comunidades reconocidas como afectadas directas no conocieron ni participaron en la realización de esta consulta (Franciscans International et al. 2020).

³⁴⁰ A destacar, no obstante, que en el caso de la explotación minera Escobal, la Corte ha matizado lo dictaminado en la sentencia del caso Oxec I y Oxec II para argumentar que no puede ordenarse el agotamiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y al mismo tiempo dejar inalterada la licencia del proyecto ya que *“resolver de esa manera desvirtuaría el efecto útil de la protección constitucional que se otorgará en este fallo. Prever que las condiciones de aquella licencia puedan mantenerse invariables, independientemente de los resultados obtenidos en el proceso de consulta, tornaría ilusorio el agotamiento de ese proceso de diálogo previsto en el Convenio 169”*. La Corte, además, aclara que la parte resolutive del caso Oxec I y Oxec II donde se permite que las CH continúen operando no forma parte del contenido replicable de la sentencia estructural ya que la suspensión o no de los proyectos es una cuestión que debe ser ponderada *vis a vis* en cada caso concreto. De esta manera, en el caso Escobal, la Corte de Constitucionalidad resuelve que no podrán reiniciarse las actividades de explotación minera hasta que no se haya finalizado el proceso de consulta, el cual insta a que sea desarrollado en la máxima

En segundo lugar, desde la abogacía maya se denuncia cómo este tipo de sentencias por parte de las cortes no solo está lapidando el derecho a la consulta previa sino que también está amparando la presentación de proyectos de ley sobre la consulta en el Congreso con un alcance muy limitado. Es por ello que abogan por la necesidad de consensuar entre los pueblos indígenas cuál debiera ser el contenido mínimo de una futura ley y desarrollar una intensa movilización social para que efectivamente la ley que salga del Congreso permita fortalecer la acción judicial de los abogados y la exigibilidad de los derechos indígenas al cerrar la posibilidad de que los jueces puedan convertir los derechos indígenas en “agua azucarada” (Pop 2019). La movilización legal q’eqchi, además, ha tenido como respuesta la persecución y criminalización de sus líderes y principales opositores a las centrales (El Confidencial 2021; Cali et al. 2021).

Por último, se ha criticado la ineficacia de esta sentencia ya que los desafíos persisten en relación a su implementación y los potenciales efectos transformadores de la sentencia han sido más bien limitados. Transcurridos cinco años desde la resolución de la Corte, todavía no se ha realizado la consulta previa con todas las comunidades afectadas (Franciscans International et al 2020) y tampoco se ha procedido al desarrollo legislativo del derecho a la consulta previa. En este sentido, en julio de 2020, el presidente de la República solicitó una Opinión Consultiva a la Corte de Constitucionalidad para considerar la viabilidad de que el Ejecutivo, a través del Ministerio de Energía y Minas, aprobase un reglamento de consulta y conocer si el mismo daría cumplimiento con la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte. La respuesta de la Corte de Constitucionalidad tuvo lugar en julio de 2020 vía sentencia porque no está entre sus competencias el pronunciarse sobre un acuerdo gubernativo mediante una opinión consultiva. En su resolución la Corte de Constitucionalidad se pronunció en contra de la emisión de un reglamento de consulta previa por parte del Ejecutivo por considerar que la obligación de normar en materia de Consulta Previa es atribución exclusiva del Congreso de la República (OIT 2021)³⁴¹.

brevedad posible con la finalidad de permitir la reanudación de la explotación minera (Corte de Constitucionalidad, Sentencia 4785-2017, de 3 de septiembre de 2018).

³⁴¹ Corte de Constitucionalidad, Opinión Consultiva Expediente 306-2020, de 7 de julio de 2020.

En el caso de la CH San Luis, en el municipio de Santa Eulalia, en el departamento de Huehuetenango, Rigoberto Juárez Mateo y Lorenzo Gregorio Francisco, coordinador y delegado del Payxail Yajaw Konob', Gobierno Ancestral Plurinacional del Pueblo Indígena Maya Akateka, Chuj, Q'anjobal y Popti', interpusieron una acción de amparo contra la autoridad ambiental por aprobar de manera inconsulta el EIA de la central y denuncian que solo se produjo la divulgación del proyecto en tres comunidades -dos de las cuales no eran del municipio de Santa Eulalia-, que únicamente se realizaron 15 encuestas y que no se tuvo en cuenta los resultados de la consulta de buena fe realizada por el Pueblo Q'anjob'al del municipio de Santa Eulalia en el año 2006 por la cual se había decidido rechazar toda actividad de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos y que había sido reconocida y declarada como vinculante por el gobierno municipal. Los accionantes reclamaban que la omisión de la consulta previa comportaba una violación de su derecho a la vida, a la justicia, a la defensa, al desarrollo integral, a la libre determinación, a la participación democrática y a un medio ambiente sano, así como a los principios jurídicos de legalidad, debido proceso y de sujeción a la ley por parte de los funcionarios públicos, por lo que solicitan al tribunal la revocación del acto administrativo en cuestión. La acción de amparo fue declarada improcedente por el Juzgado Décimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala al considerar que los amparistas no habían hecho uso de los recursos ordinarios -recurso de revocatoria- que la ley contempla para impugnar la resolución administrativa reclamada y habían, por tanto, incumplido con el principio de definitividad. Los accionantes apelaron el amparo ante la Corte de Constitucionalidad y la Corte, en cambio, consideró que se habían satisfecho los presupuestos procesales de temporalidad y definitividad del recurso de amparo debido a que i) el plazo contemplado por la ley de 30 días desde el conocimiento de los hechos para la interposición del recurso no opera cuando lo que se denuncia es una conducta omisiva -como es el caso de una hipotética no realización de la consulta previa- ya que ocasiona un agravio continuado que, por mantenerse en el tiempo, puede ser denunciado sin sujeciones temporales; ii) el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y el derecho a un ambiente sano son garantías que esta Corte ha tutelado por vía del amparo en forma directa y no tiene cabida la exigencia del agotamiento previo de los recursos idóneos previstos en leyes ordinarias. A pesar de la obtención de estas garantías en los aspectos procesales de la resolución, las garantías

sustantivas no fueron desarrolladas por la Corte con el mismo alcance y terminó denegando la protección constitucional reclamada con los siguientes fundamentos jurídicos: primero, considera que la realización del procedimiento de consulta regulado en el Código Municipal en el contexto de decisiones relacionadas con el desarrollo, instalación y operación de proyectos hidroeléctricos no tiene carácter vinculante o decisorio sino meramente informativo, ya que se trata de competencias que corresponden al Organismo Ejecutivo y no a las autoridades municipales, por lo que su única finalidad sería que las autoridades municipales recaben y conozcan el parecer de sus vecinos para trasladarlo a los órganos competentes del Ejecutivo; segundo, estima que no se ha vulnerado el derecho a la consulta de las comunidades indígenas accionantes porque la aprobación del EIA sirve para determinar la naturaleza de los impactos de los proyectos y el área de influencia de los mismos y considera que estos elementos deben definirse de manera previa al desarrollo del proceso de consulta; y tercero, en relación a la amenaza que la CH supone para el patrimonio indígena y los ríos, la Corte sostiene que los EIA deben servir para identificar estas amenazas y establecer las medidas necesarias para preservar los componentes del medio ambiente y mitigar el alcance de los efectos adversos de los proyectos hidroeléctricos. La Corte considera que esta información de los EIA debe servir para nutrir la consulta o preconsulta con los pueblos indígenas que tiene lugar en una etapa posterior y advierte de que, en caso de que surjan dudas respecto al contenido de los EIA, el Estado deberá facilitar especialistas académicos para hacer una valoración del mismo y evitar cualquier daño ambiental omitido en el estudio³⁴².

Caso de la CH Pojom II.

La casuística de la movilización legal indígena para oponerse a proyectos hidroeléctricos reproduce el patrón del caso de la CH San Luis. Así, en el caso de la CH Pojom II, los Consejos Comunitarios de Desarrollo de la aldea Yulchen Frontera, de la aldea Pojom, de la Micro Región de Ixquisis y de la aldea Bella Linda, entre otros, interpusieron en 2017 un recurso de amparo contra la licencia ambiental del proyecto por omisión de la consulta previa y otros agravios del instrumento ambiental, como la realización de algunas consultas por parte de entes privados y no públicos, la no consideración por aspectos formales del rechazo presentado por escrito de los vecinos de

³⁴² Corte de Constitucionalidad, exp. 2547-2018, de 26 de junio de 2019.

San Mateo Ixtatán y el Colectivo Madre Selva, la medición del caudal ecológico del río Pojom a partir de una proyección calculada de medición del caudal del río Xalcbal, y vicios identificados en las encuestas que no garantizan i) que los encuestados tuvieran un conocimiento real del proyecto y de sus implicaciones y efectos ambientales, ii) que las respuestas fueran dadas en un marco de libertad y iii) que la muestra levantada fuera representativa de la comunidad. Por estas razones, los accionantes alegaron vulneraciones a los derechos a la vida, a la defensa, al desarrollo integral, a un medio ambiente sano y a un equilibrio ecológico, a una consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas, a la protección de grupos étnicos y al acceso al agua, así como a los principios del debido proceso, seguridad jurídica, legalidad y preeminencia de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. En primera instancia, el tribunal desestimó el amparo por sostener que no existe en Guatemala ninguna ley o reglamento que obligue a la autoridad ambiental a la realización de la consulta previa de manera previa a la aprobación de un EIA y entender que los agravios alegados no se derivan de la aprobación de un EIA, que únicamente tiene por finalidad la prevención y mitigación de daños o riesgos ambientales y no autoriza a los desarrolladores de CH a ejecutar sus proyectos. Los amparistas apelaron esta decisión con el fundamento de que no se tomó en consideración uno de las condiciones básicas de la consulta reconocidas por el SIDH como es el carácter anticipado de la consulta, que comporta que debe consultarse desde las primeras etapas del plan de desarrollo e inversión para brindar a las comunidades indígenas la posibilidad de tener mayor tiempo para la deliberación y tener la posibilidad de trascender sobre las medidas administrativas en cuestión antes de que se hayan perfeccionado. Además, rebatieron que no puede alegarse la inexistencia de una norma interna para justificar el incumplimiento de un derecho y, por consiguiente, el tribunal omitió realizar un debido control de convencionalidad. La Corte de Constitucionalidad consideró que la acción cumplía el presupuesto procesal de prefactibilidad pero, sin embargo, denegó el amparo solicitado por considerar que debe *“denegarse la protección constitucional solicitada cuando el acto reclamado que se señala es la aprobación del EIA de un proyecto hidroeléctrico aduciendo vulneración al derecho de consulta de los pueblos indígenas por supuesta omisión, debido a que la aprobación del instrumento de evaluación ambiental constituye una etapa previa al momento en que debe realizarse el proceso de consulta aludido, al ser en aquel instrumento en donde se determina el área de influencia del proyecto y, a partir de ello, la autoridad competente puede iniciar el proceso para realizar la consulta, habiendo establecido las comunidades originarias que*

se encuentran asentadas en la circunscripción territorial que afectará el proyecto del cual se requiere autorización y, por tanto, que deben ser consultadas, en observancia de las condiciones de buena fe y transparencia”³⁴³.

Los casos de las CH de San Luis y Pojom II ponen de manifiesto la forma en que el alcance del derecho a la consulta previa es restringido en Guatemala al dominar interpretaciones en la Corte de Constitucionalidad que lo alejan de los estándares internacionales mediante la exclusión de la consulta previa en la aprobación de los EIA. De esta manera, la posibilidad de incidencia de la consulta previa con las comunidades indígenas se ve gravemente limitada y la participación de las comunidades en los procesos de licitación de los proyectos del Ministerio de Energía y Minas se limita a realizar observaciones respecto a un EIA ya precocinado que se asemeja a un traje a medida tejido por las consultoras en favor de los privados y donde no participan las comunidades que son quienes mejor conocen su espacio y el comportamiento de los ríos (Castro, citado por Toro 2020). Si bien las sentencias de la Corte de Constitucionalidad contemplan que en caso de dudas respecto a la información contenida en los EIA, el Estado tiene la obligación de dotar a las comunidades indígenas de certeza mediante la asistencia de especialistas, los recursos humanos y materiales son limitados en este sentido de forma que la ausencia de consulta en las fases iniciales de los proyectos puede traducirse en una mayor conflictividad y judicialización de los proyectos por la no visibilización de los impactos o de las comunidades afectadas. La respuesta a las estrategias de litigio de las comunidades indígenas que confrontan los proyectos hidroeléctricos en Guatemala ha sido la persecución y criminalización de sus líderes (Rivera 2020; Quintanilla 2018; Alonso 2021).

³⁴³ Corte de Constitucionalidad, sentencia expediente 5998-2019, de 18 de agosto de 2021.

6. CHILE.

6.1. *Forum shopping* en el litigio indígena contra RCA: recurso de protección v. recurso de reclamación.

En Chile las estrategias de judicialización para proteger los derechos y territorios indígenas han cosechado resultados poco exitosos y uniformes (Cloud 2017, Hervé y Bascur 2019; Delgado 2021, Pacheco 2021; Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019). La mayor parte de estas estrategias de movilización legal han consistido en la presentación de recursos de protección ante las Cortes de Apelaciones y en menor medida en recursos de reclamación ante los Tribunales Ambientales. Como señala Guerra-Schleef, es así porque la justicia administrativa en Chile se ha configurado como un sistema de concurrencia compleja de jurisdicciones donde diferentes foros pueden conocer y resolver una misma disputa jurídica ofreciéndose la posibilidad a los usuarios del sistema de hacer un uso estratégico de estos foros que denomina usos redundantes³⁴⁴. En particular, en relación a los actos administrativos emanados del SEA, se observa una concurrencia de jurisdicciones al existir dos acciones cuyo conocimiento radica en órganos jurisdiccionales distintos: por un lado, el recurso de protección de garantías constitucionales ante las Cortes de Apelaciones y, por otro, el recurso de reclamación ante los Tribunales Ambientales (Guerra-Schleef 2015).

Así, en gran medida la institucionalidad chilena configura una dualidad recursiva en materia ambiental (Carrasco 2017). Si bien desde el año 2012 la competencia para conocer de las impugnaciones de las RCA reside en los Tribunales Ambientales³⁴⁵ y las Cortes de Apelaciones empezaron a restringir la admisibilidad del recurso de protección para impugnar RCA de un proyecto de inversión, posteriormente la Corte Suprema ha flexibilizado el criterio de exclusión del recurso de protección como foro idóneo para revisar judicialmente una RCA³⁴⁶ y, finalmente, las Cortes de Apelaciones han

³⁴⁴ La posibilidad de que los litigantes puedan elegir entre diferentes tribunales (ordinarios o especiales) y acciones o recursos (especiales o generales, como el recurso de protección o la acción de nulidad de derecho público) e incluso emprender acciones de manera sincrónica o diacrónica ha sido criticada por parte de la doctrina por considerar que erosiona la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la eficiencia procesal al sobrecargar ciertos foros e incrementar gastos innecesarios. Para Guerra-Schleef, en cambio, la concurrencia de múltiples foros y los usos redundantes no son negativos *per se*, y pueden facilitar la comunicación entre grupos sociales antagónicos, dar cabida a las voces divergentes en los procesos judiciales y promover la diversidad de prácticas y universos normativos en una sociedad (Guerra-Schleef 2015).

³⁴⁵ Art. 17 de la LTA que establece las competencias de los Tribunales Ambientales.

³⁴⁶ Caso el Morro II, Corte Suprema, sentencia Rol N° 11.299-2014.

continuado conociendo de los recursos de protección ambiental cuando se ha visto amenazada la vigencia de DF que es necesario cautelar. De esta manera, el recurso de protección pasó de ser el foro contencioso administrativo por defecto a convertirse en la vía jurisdiccional ordinaria o general de control del contencioso administrativo (Guerra-Schleef 2015)³⁴⁷.

Asimismo, en el contencioso administrativo ambiental, se contemplan diferentes recursos que pueden interponer las comunidades indígenas: un recurso de reclamación especial establecido en el art. 17.5 de la LTA, que permite reclamar como directamente afectado contra la aprobación condicionada de una DIA o EIA cuando las variables sometidas a evaluación o monitoreo ambiental han cambiado sustancialmente una vez los proyectos están en marcha; un recurso de reclamación especial establecido en el art. 17.6 de la LTA, disponible para el titular del proyecto y para aquellas personas o comunidades indígenas que hubieran presentado observaciones en la PAC que no fueron debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA; y el recurso de reclamación residual contemplado en el art. 17.8 de la LTA, disponible para aquellas personas o grupos que no hubieran presentado observaciones en la PAC, independientemente de si tuvo lugar consulta indígena o no, que permite solicitar la invalidación del procedimiento de evaluación ambiental (Rabi y Campos 2021; Lillo y Berríos 2020).

En la coyuntura actual donde no existe un recurso específico para exigir en sede jurisdiccional la protección del derecho a la consulta previa (Hervé y Bascur 2019, Durán-Soto 2021b, Delgado 2021; Carmona 2020b), los pueblos indígenas se encuentran ante el dilema de tener que elegir entre el recurso de protección en la jurisdicción constitucional o el recurso de reclamación en la jurisdicción ambiental, tomando en consideración además que si optan por el recurso de protección después difícilmente van a poder accionar el recurso de reclamación por una cuestión de plazo de legitimación activa y dificultades en probar la susceptibilidad de afectación directa que se entiende como exigencia de certeza de la afectación y no como riesgo (Delgado 2021; Duran 2017). En general, se constata la buena salud del recurso de protección y el pueblo mapuche mayoritariamente continua ejerciendo el recurso de protección de manera preferente al recurso de reclamación a pesar de que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema le

³⁴⁷ El art. 20 de la CP establece que “*procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del art. 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada*”.

habían dicho que era a los Tribunales Ambientales donde debía dirigirse para exigir su derecho a la consulta previa y buscar la nulidad de la RCA (Delgado 2021; Hervé y Bascur 2019; Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019; Häberle y Pelayo 2015).

Algunas razones para este uso preferente del recurso de protección por parte de las comunidades mapuche pueden encontrarse en la serie de ventajas que presenta el recurso de protección frente al recurso de reclamación en términos de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: el recurso de reclamación es formalizado y debe ser presentado por abogados, el recurso de protección en cambio es desformalizado, permite la granjería y es más accesible económicamente; el plazo para presentar el recurso de protección no vence en tanto el agravio sea permanente, mientras que el recurso de reclamación especial del art. 17.6 de la LTA debe ser activado en el breve plazo de 30 días contados desde la publicación o notificación del acto respectivo; el procedimiento del recurso de protección es ágil para poder tramitar con celeridad las amenazas a las garantías constitucionales, mientras que la tramitación del recurso de reclamación es más lenta; el recurso de protección es de ingreso directo, mientras que el recurso de reclamación requiere el agotamiento de la vía administrativa³⁴⁸; mayor amplitud de la legitimidad activa del recurso de protección puesto que cualquier afectado por un proyecto puede impugnarlo de forma directa, mientras que el acceso de terceros a los Tribunales Ambientales se restringe a quienes hubieran presentado observaciones en la PAC (art. 17.6 de la LTA) o a terceros absolutos siempre que exista un interés ambiental (art. 17.8 de la LTA); posibilidad de impugnar cualquier tipo de acto mediante el recurso de protección (actos terminales y actos trámite), mientras que esta facultad para el recurso de reclamación ha sido objeto de controversia en la doctrina y la jurisprudencia, confrontándose interpretaciones que consideran que podría impugnarse un acto trámite mediante el recurso de reclamación residual del art. 17.8 de la LTA, con otras que niegan esta posibilidad de forma que el recurso de protección se erige en una acción más segura o

³⁴⁸ Recurso administrativo de reclamación contemplado en los arts. 20 y 29 de la LBGMA para la vía del art. 17.6 de la LTA y solicitud de la invalidación administrativa de la RCA para la vía del art. 17.8 de la LTA. A este respecto, cabe notar que el Segundo Tribunal Ambiental se ha declarado no competente para conocer reclamaciones cuando hay pendientes recursos administrativos contra una resolución administrativa que declara inadmisibile una solicitud de invalidación. El Segundo Tribunal Ambiental entiende que solo podría interponerse el recurso ante el Tribunal Ambiental una vez se resuelva el recurso administrativo o venza el plazo para que se entienda desestimada la pretensión recursiva. Esta comprensión ha restringido el acceso a la justicia ambiental y a la tutela judicial efectiva. En opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago se trata de una interpretación errónea ya que el Tribunal Ambiental no está impedido de conocer esos recursos de reclamación sino que debe postergar su conocimiento hasta que se resuelva la vía administrativa (Poklepovic 2017).

incluso única para algunos para impugnar un acto trámite; mayor accesibilidad física de las Cortes de Apelaciones (una por región) frente a los Tribunales Ambientales (tres en todo el país, Antofagasta, Santiago y Valdivia)³⁴⁹, es decir, mayor cercanía de las cortes de apelaciones en comparación a los Tribunales Ambientales; y permite a los jueces la adopción de medidas urgentes y necesarias para proteger derechos vulnerados aunque no hayan sido invocados por los accionantes.

Es por ello que a pesar de la persistencia de algunas barreras para la eficacia del recurso de protección –en materia ambiental, por ejemplo, el recurso de protección requiere probar que se trata de un acto ilegal o arbitrario imputable a una autoridad o persona determinada que requiere de medidas urgentes por verse afectados DF, todavía no se contempla como un derecho colectivo, no se aplican de manera coherente los principios de prevención y precaución, no es el recurso que contempla la normativa para litigar contra una RCA o los límites que se manifiestan en la comprensión del componente sociocultural del medio ambiente³⁵⁰- los pueblos indígenas han continuado prefiriendo activar sus acciones judiciales mediante el recurso de protección en detrimento del recurso de reclamación. Así, hasta el año 2020, el Tercer Tribunal Ambiental únicamente había conocido 17 causas relacionadas con comunidades indígenas (Delgado 2021; Hervé y Bascur 2019; Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019; Häberle y Pelayo 2015).

³⁴⁹ La LTA introdujo la posibilidad de interponer las reclamaciones ante un juzgado de letras para esta situación, pero siguen siendo insuficientes (Häberle y Pelayo 2015).

³⁵⁰ La primera sentencia que reconoció que el concepto de medio ambiente incorpora el componente humano y por tanto la cultura de los pueblos indígenas fue en el año 2009, caso de la machi Francisca Linoconao contra la Forestal Palermo Limitada (Rol 1773-2008) que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco y ratificado por la Corte Suprema. Es un caso relevante, además, porque es la primera vez que se materializa la exigibilidad del Convenio 169 de la OIT en Chile tras su ratificación y entrada en vigor en septiembre de 2009. Sin embargo, persiste un análisis y una interpretación de los instrumentos de gestión ambiental respecto del elemento sociocultural que no se encuentra en conformidad con los estándares internacionales (Delgado 2021). Es por este motivo que algunos trabajos entienden que la revisión de actos administrativos de contenido ambiental es mejor que se produzcan en la jurisdicción especial que en tribunales generalistas como los tribunales superiores de justicia (Häberle y Pelayo 2015). Otros incentivos para optar por el recurso de reclamación podrían ser que i) producen efecto de cosa juzgada sustancial, mientras que los recursos de protección producen efecto de cosa juzgada formal, aunque en la práctica nunca se ha revisado la resolución judicial de sede proteccional por una cuestión de plazos; ii) facultades para dictar medidas innovativas de los jueces ambientales frente a la orden de no innovar del recurso de protección y iii) contradictorio claro y amplitud de pruebas que se admiten (Häberle y Pelayo 2015).

6.2. El desafío del litigio indígena: la justicia intercultural en Chile.

Las agresiones al territorio se han vinculado en la movilización legal mapuche con principios del *Az Mapu* (ordenamiento del cosmos donde habitan diferentes seres tanto en su dimensión material como espiritual) (Cloud 2017; Antona 2014)³⁵¹. Es por ello que, como destaca Cloud, el principal reto que plantean las estrategias de litigio mapuche tienen que ver con el ejercicio de la justicia intercultural, es decir, el lograr que los tribunales chilenos hagan una interpretación del derecho que sea conforme a los estándares fijados por el SIDH, el Convenio 169 y la DNU, y que tome en cuenta asimismo las ontologías y el derecho propio del pueblo mapuche (Cloud 2017; Salas-Astraín y Faundes 2018). El ejercicio de esta justicia intercultural comporta que los defensores y jueces sean capaces de encontrar la traducción más precisa posible entre lo que los mapuche consideran una transgresión de los principios del *Az Mapu* y lo que es reconocido como una violación de DF de carácter general en el art. 19 de la CP (derecho a la vida, a la salud, a la propiedad, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a la libertad de culto, y a la igualdad) (Cloud 2017).

La materialización de la justicia intercultural en Chile ha confrontado una serie de obstáculos como i) los estándares de la legislación doméstica no están en conformidad con los del Convenio 169 y ello supone la amenaza de que los tribunales se resistan a reconocer una violación del Convenio 169 en los casos en que los estándares de la reglamentación doméstica hayan sido satisfechos; ii) el rango infraconstitucional y suprallegal de los derechos indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT³⁵² hace que no tengan el mismo rango que los derechos económicos y abre la ventana a que la Corte Suprema desarrolle una jurisprudencia refractaria a los intereses indígenas y fortalece la discongruencia con que opera el ordenamiento jurídico chileno, en donde los derechos económicos cuentan con una mayor regularización y mecanismos de control que los derechos indígenas; iii) la cultura jurídica de los operadores de justicia, profundamente legalista, rehacía al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y

³⁵¹ Sin embargo, no se observa en las demandas mapuche el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos porque comporta el que sea el ser humano desde una posición de privilegio y superioridad quien otorgue esos derechos, lo que entra en colisión con el *Az Mapu* y el principio relacional. En la ontología mapuche el hombre no dispone de la tierra sino que la tierra gobierna al hombre y bajo esta lógica el hombre no puede otorgar derechos a los ríos, por ejemplo, únicamente el *Ngen-Ko* puede otorgar permisos sobre el agua (Cardoso y Pacheco-Pizarro 2021).

³⁵² Tribunal Constitucional, sentencia N° Rol 2387-13, de 2 de octubre de 2013.

en donde predomina un enfoque civilista de la interpretación constitucional; y iv) un ejercicio centralizado de la justicia distante del conocimiento de la realidad cotidiana de las comunidades indígenas (Cloud 2017). A pesar de que es posible identificar litigios victoriosos para los intereses mapuche, se observa una falta de diálogo intercultural que permita identificar puntos de acercamiento entre los DF reconocidos en la constitución y los principios del *Az Mapu*. Es decir, el diálogo intercultural que promueve una comprensión de los derechos indígenas no solo desde la óptica de los estándares internacionalmente reconocidos, sino también desde la interpretación indígena de los DF se encuentra todavía en una fase muy incipiente, como pone de manifiesto la interpretación restrictiva de los tribunales respecto del derecho de propiedad indígena al ser este únicamente reconocido cuando el territorio esta titularizado, lo que contraviene la jurisprudencia del SIDH (Cloud 2017)³⁵³.

Para abordar el reto de la garantía efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas y de la justicia intercultural en Chile se han propuesto en la literatura diferentes estrategias:

Por un lado, algunos entienden que el problema no reside tanto en la normativa vigente, que adolece de un enfoque (inter)cultural, sino en unos parámetros de interpretación restrictivos de los jueces respecto de la dimensión cultural y el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas que tienen dificultades para ir más allá del reconocimiento de las libertades individuales y negativas (Nash y Núñez 2018). Para hacer frente a este desafío relativo al uso sustantivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas en conformidad con los estándares internacionales, algunos trabajos proponen la adopción de sentencias estructurales que desde la consideración de las particularidades de estos titulares de derechos sienten las bases de una interpretación evolutiva de sus derechos centrada en la eficacia de la protección jurisdiccional, tiendan a la resolución de medidas no solo restitutivas sino también correctivas de las violaciones sistémicas de sus derechos y constituyan un impulso

³⁵³ Recurrir al ejercicio de la justicia intercultural puede generar efectos adversos para las comunidades mapuche ya que supone desvelar saberes y ontologías indígenas hasta entonces celosamente custodiados con el propósito de proteger su identidad cultural y su hábitat frente a la llegada de proyectos extractivos. Al hacerlo, las comunidades indígenas se exponen a un mayor grado de vulnerabilidad de cara a futuras planificaciones del extractivismo. Estos efectos adversos ponen de manifiesto los límites inherentes en la justicia intercultural ya que puede suponer curar un mal engendrando otro aun mayor (Cloud 2017; Weke 2017b).

jurisdiccional hacia la movilización y coordinación de los otros poderes del Estado en las defensa de los derechos de los pueblos indígenas (Nash y Núñez 2018).

Por otro lado, en cambio, otros trabajos abogan desde otro paradigma por la necesidad de un cambio en la normativa vigente para asentar los principios de la plurinacionalidad y la interculturalidad y, a ser posible, mediante un proceso de reforma constituyente que sea funcional a las necesidades de transformación del país y de una mayor protección de los derechos indígenas (Ariza 2021; Royo 2021; Aylwin 2021 y 2022; Millaleo 2021; Meza-Lopehandía 2019)³⁵⁴. Desde este paradigma se entiende que si bien Chile ha ratificado el Convenio 169 de la OIT y ha firmado la DNU y la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, es necesario reconocer estos derechos en la Magna Carta con la participación de los pueblos indígenas para superar la negación constitucional de la diversidad (Millaleo 2021) y para que el ejercicio de los derechos indígenas no quede en la práctica subordinado a las políticas públicas e intereses privados y pueda desarrollarse, en definitiva, una agencia indígena de los derechos reconocidos en este nuevo orden constitucional como garantía de su implementación (Aylwin 2021) y de la igualdad en el país (Aylwin 2022).

6.3. Los efectos del litigio indígena en Chile.

Los efectos de la estrategia mapuche de judicialización de sus reclamos pueden evaluarse desde un enfoque cuantitativo (cantidad de recursos presentados y ganados) o desde un enfoque cualitativo (tipo de recurso, naturaleza y valor jurídico del derecho indígena invocado y reconocido, interpretación intercultural de los derechos humanos) (Cloud 2017). Describiremos a continuación ambas dimensiones para cada una de las jurisdicciones a las que han acudido los recurrentes mapuche o indígenas para reclamar la protección de sus derechos.

³⁵⁴ Algunos sectores de la movilización mapuche como la Alianza Territorial Mapuche se muestran escépticos y distantes de lo que pueda salir del proceso constituyente en tanto no se aborde la cuestión de las tierras indígenas y la autonomía territorial y abogan como estrategia prioritaria continuar en la lucha por la recuperación territorial (Melín 2021).

6.3.1. La recepción de los recursos de protección indígenas en la jurisdicción constitucional.

Enfoque cuantitativo.

Desde un enfoque cuantitativo, hay que destacar que han sido pocos los recursos mapuche acogidos en los tribunales (Delgado 2021, Pacheco 2021). En la jurisdicción constitucional, por ejemplo, Pacheco da cuenta cómo de los 31 recursos de protección en materia ambiental interpuestos por mapuche ante las Cortes de Apelaciones de la macrozona sur en el periodo 2014-2020, únicamente 3 han sido finalmente acogidos por los tribunales (Pacheco 2021)³⁵⁵. La mayoría de estos recursos de protección en materia ambiental son rechazados por razones formales como plazos, inexistencia de derechos que pudieran ser protegidos mediante una medida de emergencia o ser materias propias del conocimiento de los Tribunales Ambientales. Por ejemplo, hasta un total de 13 recursos de protección han sido desestimados por las Cortes de Apelaciones por no respetar el principio de especialidad de los Tribunales Ambientales que hace referencia a que las acciones que pretenden obtener la nulidad de una RCA deben ser presentadas vía recurso de reclamación, independientemente de que el reproche a la RCA sea que sus observaciones no fueron tenidas en cuenta en la PAC (o en los Tribunales Ambientales), que los procesos de participación fueran excluyentes por considerar que la población indígena se ubicaba fuera del área de influencia del proyecto o que debiera haber sido aprobado mediante un EIA y no a través de una DIA. Además, en los pocos casos en que los tribunales han entrado a valorar el fondo de la reclamación de los recurrentes, los tribunales no han acogido sus demandas por sostener que no había afectación significativa de tierras indígenas, no se identificaban asentamientos indígenas dentro del área de influencia del proyecto o porque los solicitantes habían participado en la PAC (Pacheco 2021).

Otros trabajos llegan a conclusiones similares a las de Pacheco. Barandiaran y Rubiano-Galvis estudian los efectos de la judicialización de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental en Chile y a partir de una categorización del recurrente

³⁵⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia N° Rol 1514-2018 (planta Chancadora de áridos, acogido también en la Corte Suprema); Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia N° Rol 17.128-2016 (Proyecto “Terminal de Gas Penco- Lirquen”); Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia N° Rol 308 – 2014 (Proyecto vertedero municipal).

como persona natural u organización de la sociedad civil y de sus demandas como derecho a un medio ambiente libre de contaminación (17 casos), derechos de participación (6 casos), derecho a la consulta previa (6 casos) e incluso DAA en el caso de disputas jurídicas relativas al desarrollo de CH (5 casos), concluyen que alrededor de dos terceras partes de los recursos de protección habrían sido rechazados por motivos de insuficiente fundamentación del recurso, extemporaneidad del recurso y no probar la afectación de garantías constitucionales. Estos resultados, en opinión de los autores, vendrían a confirmar la reputación del conservadurismo de los tribunales superiores de Chile, su tendencia general a considerar la deferencia hacia la actuación administrativa, y cuando han acogido los recursos, las resoluciones judiciales normalmente han consistido en exigir correcciones a ciertos aspectos del EIA, la realización de reuniones de participación o la ampliación de las medidas de compensación, pero muy excepcionalmente se han dictado medidas como una nueva localización, diseño o fuente de energía del proyecto o se ha resuelto la cancelación del proyecto (Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019).

Enfoque cualitativo.

Derechos invocados.

El derecho más invocado en sede proteccional por los recurrentes mapuche es la vulneración del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado con la finalidad de proteger las tierras y el hábitat indígena ante el avance de la frontera extractiva y el desarrollo de proyectos de energía y de infraestructura. De todas maneras, ya al poco de entrar en vigor el Convenio 169 de la OIT en Chile, se empezaron a reivindicar otros derechos indígenas interdependientes con el derecho a la consulta, como el derecho a la igualdad ante la ley, al debido proceso o a un medio ambiente libre de contaminación. Posteriormente, se amplió el catálogo de derechos invocados por personas y comunidades mapuche en sus recursos de protección en el marco de conflictos etnoambientales y se incorporan alegaciones de violaciones al derecho a la vida, a la libertad de culto o a la propiedad. Si bien las cortes han tenido que pronunciarse al respecto de todos estos derechos, han sido los primeros los que han recibido más atención

por parte de los jueces constitucionales (Silva 2014, Nash y Núñez 2018, Cloud y Le Bonniec 2019; Cloud 2017)³⁵⁶.

Etapas.

La recepción de las acciones judiciales mapuche en los órganos jurisdiccionales constitucionales de Chile da cuenta de una jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema errática y cambiante (Rivas 2017) que habría pasado por diferentes etapas y habría generado inseguridad jurídica en lo que concierne a la procedencia de la consulta indígena (Meza-Lopehandía 2015):

En un primer momento (2010-2011), las Cortes de Apelación acogen rápidamente las demandas por violación de la consulta previa, pero en cambio, la Corte Suprema homologa la consulta previa a la participación ciudadana que se desarrolla en el marco del SEIA y rechaza las demandas por violaciones de la consulta previa (Durán-Soto 2021b). La Corte Suprema exige significancia de la afectación para que proceda la realización de la consulta, que de esta manera únicamente puede tener lugar en el caso de la evaluación de proyectos que hayan ingresado mediante un EIA - doctrina Palguin³⁵⁷ (Observatorio Ciudadano 2018). Además, aplica el principio de razonabilidad explícita y de proporcionalidad para admitir la procedencia de la consulta indígena (Carrasco 2013), lo que conduce a invertir la carga de la prueba y que deban ser los propios pueblos indígenas quienes clarifiquen la afectación directa y significativa. Esta doctrina conduce a que muchas veces se sustente la ausencia de aplicabilidad de la consulta previa en que los pueblos afectados no han sido capaces de probar las eventuales afectaciones y a que se rechaze la cercanía de un proyecto o su ubicación en el hábitat indígena como elementos suficientes para gatillar la consulta previa (Meza-Lopehandía 2016a).

³⁵⁶ Que la consulta sea el derecho más invocado por los pueblos indígenas no es casual, ya que el Tribunal Constitucional de Chile reconoció la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT pero solo admitió carácter autoejecutable a las disposiciones de los art. 6 y 7 del tratado (consulta y participación), mientras que los demás derechos contenidos en él, incluso los derechos territoriales, fueron considerados normas programáticas que requerían del desarrollo legislativo para poder ser exigidos en los tribunales de justicia (Observatorio Ciudadano 2018). Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 309-2000, de 1 de abril de 2000.

³⁵⁷ Corte Suprema, sentencia Rol N° 1525-2010, de 17 de mayo de 2010, que establece por primera vez esta doctrina que tendría una influencia significativa aunque no definitiva en las sentencias posteriores (Observatorio Ciudadano 2018).

En una segunda etapa (2012-2013), la Corte Suprema desarrolló una jurisprudencia poco uniforme en relación a la naturaleza³⁵⁸ y los estándares de la consulta previa, exigiendo en algunos casos la procedencia de la consulta solo cuando hay una afectación específica de intereses indígenas, mientras que empiezan a darse otros casos donde la invocación de la consulta previa es instrumental para los pueblos indígenas para detener el desarrollo de megaproyectos extractivos en sus territorios por inconsultos (Durán-Soto 2021b) y donde la Corte Suprema exige el ejercicio de la consulta en conformidad con los estándares internacionales al i) no requerir certeza sino posibilidad de la afectación; ii) considerar que las RCA inconsultas en situaciones que existe susceptibilidad de afectación directa a comunidades indígenas y en donde la autoridad está obligada a garantizar la consulta indígena por imperativo legal, constituyen actos administrativos infundados, arbitrarios e ilegales por vulnerar la garantía constitucional de igualdad ante la ley de dichas comunidades, ya que se les niega la facultad de intervenir con igualdad de condiciones en el proceso de evaluación ambiental y se les priva de tener las mismas posibilidades de desarrollar su mayor realización material y espiritual posible (Silva 2014); y iii) sostener que las reuniones de acercamiento e información no constituyen consultas ya que las comunidades concernidas no tienen posibilidades reales de influir en la ubicación y desarrollo del proyecto.

Y en una última etapa, desde 2014, la Corte Suprema opta por derivar a los Tribunales Ambientales el conocimiento de los recursos mapuche que reclaman la violación de la consulta previa y la legalidad de una RCA (Durán-Soto 2021b; Meza-Lopehandía 2015). No obstante, la inhibición de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema respecto del conocimiento de los recursos de protección mapuche que alegan la vulneración del derecho a la consulta previa a través de la aplicación de la regla de deferencia hacia el organismo técnico ha sido progresivamente desafiada por los altos

³⁵⁸ El primer quiebre con la etapa anterior se produce en 2011 con el caso relativo a la Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli (Corte Suprema, sentencia Rol N° 6062-2010, de 4 de enero de 2011), donde la Corte Suprema adopta la *doctrina Brito* (Meza-Lopehandía 2016a) y reconoce la especificidad de la consulta previa como derecho autónomo y distinto de la PAC, si bien mantiene la exigencia de la magnitud de la afectación para que proceda la consulta (Observatorio Ciudadano 2018). Otros casos relevantes de este periodo donde se reconoce el carácter propio de la consulta y se desarrollan sus estándares son el caso del Consejo de Pueblos Atacameños y otros en contra de la resolución que había adoptado el nuevo “Plan Regulador San Pedro de Atacama” (Corte Suprema, sentencia Rol N° 258-2011, de 13 de julio de 2011) y el caso de la comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra la resolución del SEA que calificó favorablemente el Parque Eólico de Chiloé (Corte Suprema, sentencia Rol N° 10090-2011, de 22 de marzo de 2012). Con esta jurisprudencia la Corte Suprema establece la consulta como parámetro de legalidad de una RCA, si bien se trata de una doctrina no consolidada (Nash y Nuñez 2018).

tribunales, que poco a poco han ido asumiendo el conocimiento de estos casos y presentando una evolución doctrinaria donde ya no se equipara la consulta con el procedimiento de participación ciudadana del SEIA sino que se entiende como un mecanismo de participación especial y diferenciado exclusivo de los pueblos indígenas (Durán-Soto 2021b) y se recupera la posibilidad de interponer un recurso de protección para resguardar DF como la consulta previa (Nash y Núñez 2018). En el caso el Morro, por ejemplo, ante la necesidad urgente de tutelar los DF, la Corte deja sin efectos la RCA, pero salvaguarda la idea de que ya existe una jurisdicción especial³⁵⁹. Es decir, en este caso la Corte Suprema plantea una excepción a la doctrina que sostiene que la falta de consulta previa de una RCA es competencia de los Tribunales Ambientales y señala que las impugnaciones de una RCA deben resolverse en la institucionalidad ambiental salvo que se vislumbre la necesidad de adoptar una medida cautelar de carácter urgente, supuesto en que sería admisible rescatar el recurso de protección para impugnar la validez de una RCA (Guerra-Schleef 2017). Posteriormente, en el caso GNL Penco Lirquén, la Corte Suprema también se pronuncia sobre la naturaleza y el término anticipado de los procesos de consulta sin hacer referencia a la urgencia de proteger los DF de los pueblos indígenas (Durán-Soto 2021b)³⁶⁰.

Efectos del litigio indígena en la jurisdicción constitucional.

Si bien los intereses mapuche han sido en general escasamente acogidos en los fallos de los tribunales (Pacheco 2021, Rabi y Campos 2021), en ocasiones, es posible observar cómo desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT en el año 2009 el uso sustantivo del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales superiores de justicia en Chile ha contribuido a mitigar los efectos de la discriminación estructural que padecen los pueblos indígenas y a restituir algunos de sus derechos, si bien se trata de un proceso que se ha mostrado poco consistente y que está todavía en curso (Nash y Núñez 2018)³⁶¹.

³⁵⁹ Corte Suprema, sentencia Rol N° 11.299-2014, de 7 de octubre de 2014.

³⁶⁰ Corte Suprema, sentencia Rol N° 65.349-2016, de 30 de enero de 2017.

³⁶¹ El uso sustantivo de los derechos humanos por parte de los tribunales ha permitido ampliar la protección de los derechos de los pueblos indígenas considerando su identidad cultural y forma parte de la caja de herramientas que disponen los pueblos indígenas para reparar violaciones sistémicas de sus derechos, pero sin embargo, se ha mostrado como una estrategia ineficaz o limitada para revertir las estructuras jurídicas y políticas de dominación y discriminación que operan en Chile (Nash y Núñez 2018). Es lo que puede

Así, a pesar del reducido éxito de los recursos de protección indígenas, algunos trabajos ponen el foco en los avances jurisprudenciales que se han producido en la tutela de los derechos indígenas y los categorizan principalmente en derecho a la consulta previa, derecho de propiedad y derecho a la identidad cultural y a la libertad de culto.

Derecho a la consulta previa, libre e informada.

La omisión o las falencias del proceso de consulta previa en relación a proyectos de inversión en territorios indígenas ha sido uno de los reclamos más invocados en las acciones judiciales mapuche (Meza-Lopehandía 2019) y uno de las demandas que ha generado más controversia debido a la colisión entre dos paradigmas de la consulta que reflejan posiciones políticas antagónicas: por un lado, el paradigma decolonial, defendido por los pueblos indígenas y parte de la doctrina, que entienden la consulta como un derecho sustantivo de contenido amplio, reflejo de la soberanía de los pueblos indígenas y la vincula con el ejercicio de su libre determinación; por el otro, el paradigma de los derechos humanos, adoptado por los tribunales chilenos y las élites del país, que entienden la consulta como un derecho de participación de los pueblos indígenas en las toma de decisiones susceptibles de afectarles directamente y que pone el foco en los aspectos procedimentales de la consulta y no en sus resultados (Becker y Alvez 2020). Sin embargo, la consulta no se configuró en el Convenio 169 como un mecanismo especial de descolonización, sino de protección multicultural y es por ello que el consentimiento opera como un requisito de finalidad del diálogo intercultural y no como un derecho de veto, y las circunstancias especiales en que sí se ha reconocido el derecho de veto, se han justificado por la supervivencia de la cultura y no como ejercicio de la libre determinación (Meza-Lopehandía 2016b). Así fue considerada por el Tribunal Constitucional en el Rol 2387-2013 donde equipara la consulta a un proceso de recabar información y no vinculante, que no es una manifestación de la soberanía de los pueblos indígenas y que debe entenderse como un diálogo intercultural con la finalidad de llegar a un acuerdo y materialización de la garantía constitucional de participación democrática (Fuenzalida 2015, citado en Meza-Lopehandía 2016a)³⁶².

observarse al estudiar las estrategias de judicialización indígenas para hacer frente al extractivismo, donde se logra detener algunos proyectos pero no la oleada extractivista.

³⁶² Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N° 2387-2013, de 23 de enero de 2013.

Algunos autores apuntan a los efectos políticos que están generando los exigentes estándares fijados por los tribunales para la procedencia de la consulta y las fundamentaciones y resoluciones judiciales que priorizan los aspectos procedimentales de la consulta pero omiten las cuestiones sustantivas y la protección efectiva de los derechos indígenas. Si bien la invocación del derecho a la consulta previa en contextos de desarrollo de proyectos extractivos en territorios indígenas refleja una comprensión de la consulta como ejercicio de la libre determinación en su dimensión interna, su implementación lenta, parcial y formalista ha mostrado la renuencia del Estado chileno a la garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas y ha contribuido al crecimiento de las demandas mapuche de corte etnonacionalista que abogan por un ejercicio de la libre determinación de los pueblos en su faceta externa (Becker y Alvez 2020).

La interpretación de la susceptibilidad de afectación directa por parte de los tribunales superiores de justicia da cuenta de cómo el liberalismo multicultural ha permeado en los jueces y de cuán distantes están de los estándares internacionales al exigir un elevado umbral de certeza y la significancia de la afectación para la procedencia de la consulta, lo que contraviene los estándares internacionales que exigen que en un contexto de diversidad cultural debe garantizarse el derecho de la consulta previa como mecanismo para visibilizar impactos no (re)conocidos por la cultura dominante y que en caso de que las comunidades indígenas aleguen posibles afectaciones de una medida administrativa las autoridades tienen un deber reforzado de fundamentación. Además, la noción de hábitat indígena a la que refiere el Convenio 169 ha sido acogida de manera vacilante por los tribunales superiores y su recepción ha sido especialmente restringida cuando el reconocimiento del hábitat indígena ha sido un elemento determinante para la procedencia de la consulta indígena (Meza-Lopehandía 2016b).

En sede proteccional, si bien las Cortes de Apelaciones han requerido de certeza y significancia de la afectación para admitir la procedencia de la consulta previa en deferencia al D.S. 66 (reglamentación general de la consulta), también se encuentran algunos casos en que la interpretación de la Corte Suprema en apelación empezaría a i) reconocer la función epistémica de la consulta previa en tanto procedimiento de diálogo intercultural que permite identificar impactos, definir acuerdos y medidas de mitigación,

compensación y reparación en plano de igualdad e incidir en la toma de decisiones³⁶³; ii) admitir la potencialidad y no la certeza de la afectación para la concurrencia de la susceptibilidad de afectación directa que gatilla la consulta previa (Guerra-Schleef y Sánchez 2021)³⁶⁴. Un caso relevante es el de la Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco representada por María Patricia Flores Quilapán y otros contra el SEA, donde la Corte Suprema considera infundada la decisión del SEA de poner término anticipado a la consulta previa porque el proponente mediante una ADENDA había modificado el proyecto para hacer desaparecer las afectaciones sobre las comunidades. La Corte Suprema considera que no puede terminarse el proceso de consulta sin la participación de las comunidades y sin su valoración y respuesta respecto de si las modificaciones introducidas por la ADENDA abortaban o no las afectaciones a su relación con el territorio y a los lugares de significación ceremonial y sagrada. De esta manera, la Corte Suprema da cuenta de una comprensión de la consulta como diálogo intercultural continuo que se acomoda a los estándares del Convenio 169 de la OIT (Puschel 2021)³⁶⁵.

Derecho al territorio indígena.

Otra de las principales demandas mapuche que se ha judicializado en sede proteccional es la demanda territorial dado que la Ley Indígena solo reconoce el derecho de los pueblos originarios a las tierras sobre las que se dispone de un título de merced o de comisario entregado por el Estado, en contravención del estándar internacional que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a las tierras ancestrales con las que se mantiene un vínculo cultural (Cloud y Le Bonniec 2019)³⁶⁶. De esta manera, el principal

³⁶³ Corte Suprema, sentencia Rol N° 138.439-2020, de 29 de marzo de 2021 (Proyecto “Mejoramiento Integral Zona de Uso Público Parque Nacional Villarrica”).

³⁶⁴ Corte Suprema, sentencia Rol N° 140.342-2020, de 29 de marzo de 2021 (Proyecto “Mejoramiento Integral Zona de Uso Público Parque Nacional Villarrica”).

³⁶⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia Rol N° 17.12 8-2016; Corte Suprema, sentencia Rol N° 65.349-2016.

³⁶⁶ La Ley Indígena de 1993 no reconoce derechos territoriales a partir de la ocupación ancestral como hace el Convenio 169 sino que solo reconoce derechos de propiedad a quienes ostentan títulos de merced y de comisario otorgados por el Estado y solo considera legitimados para la reclamación de tierras a quienes se constituyen como comunidad indígena, institución ajena que fracciona la organización mapuche preexistente y que excluye a los *lof* de la posibilidad de ser sujetos de este derecho (Observatorio Ciudadano 2018). De esta manera, la Ley Indígena utiliza un concepto de tierra indígena claramente restrictivo (Meza-Lopehandía 2016b) que no da respuesta a una de las principales reivindicaciones del movimiento mapuche como es la recuperación y la reconstrucción territorial que incluye no solo las tierras reconocidas por el Estado en el pasado sino también el de las llamadas *tierras antiguas* (Meza-Lopehandía 2019).

desafío del reclamo indígena en materia de tierras en la jurisdicción constitucional ha sido superar la comprensión de las tierras desde un enfoque civilista del derecho e incorporar los estándares del Convenio 169 y de la jurisprudencia del SIDH a la hora de realizar el control de convencionalidad para reconocer la naturaleza colectiva del derecho al territorio fundamentado en el uso y posesión tradicional y sin necesidad de disponer de títulos de propiedad (Faundes 2015). Así, en lo que concierne a los derechos territoriales de los pueblos indígenas, destacan algunos casos en la jurisprudencia donde la Corte Suprema ha acogido una interpretación de la territorialidad indígena en los términos del Convenio 169 para superar las restricciones al derecho de propiedad indígena que presenta la Ley Indígena y entender los “terrenos” indígenas de las disposiciones legales de manera amplia a efectos de incluir los espacios territoriales y el hábitat tradicionalmente ocupados o utilizados por los pueblos indígenas. De todas maneras, se identifican dos valoraciones divergentes respecto al alcance del desarrollo jurisprudencial en relación al reconocimiento de los derechos de propiedad indígena. Para algunos, como Meza-Lopehandía, el reconocimiento de los derechos de propiedad indígena en sede proteccional se constriñe a la interpretación del art. 64 de la Ley Indígena a efectos de determinar la propiedad de las aguas de las comunidades aimaras y atacameñas (Meza-Lopehandía 2016b). Algunos ejemplos de ello serían los casos Agua Mineral Chusmiza con Comunidad Aimara Chusmiza-Usmagama, y Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen.

En el caso de la Comunidad Chusmiza-Usmagama, la Corte Suprema reconoce que los derechos de agua de los pueblos indígenas aimaras son previos a los derechos constituidos por terceros y reconoce estos derechos indígenas en base al uso y la costumbre de forma que no requieren de su inscripción para probar su existencia³⁶⁷. En esta sentencia, la Corte Suprema realiza una interpretación amplia de los derechos de propiedad indígena para incluir los derechos de aguas existentes en terrenos que no son de su propiedad pero que escurren dentro del espacio territorial de uso ancestral, lo que permite constituir una limitación al derecho de dominio de terceros y faculta solicitar su inscripción y registro porque la finalidad última del art. 64 de la Ley Indígena 19.253 es garantizar su abastecimiento de agua (Faundes 2015). En definitiva, la Corte Suprema

³⁶⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009; Corte Suprema, sentencia Rol N° 7287 2009, de 30 de noviembre de 2009, Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009.

usa los estándares del Convenio 169³⁶⁸ como parámetro de interpretación del art. 64 de la Ley Indígena para considerar que los “terrenos” indígenas a los que refiere la Ley comprende las tierras que pese a ser de dominio ajeno en la actualidad han sido utilizadas ancestralmente por las comunidades y, consecuentemente, decide salvaguardar el derecho de la comunidad aimara sobre las aguas que han utilizado ancestralmente (Nash y Núñez 2018) y ordena la inscripción a nombre de las comunidades aimaras de las aguas que escurren por territorios ancestrales indígenas a pesar de estar previamente inscritas en favor de una empresa embotelladora (Meza-Lopehandía 2016a).

En sentido contrario, en el caso Vera Millaquen con Los Fiordos Ltda, si bien la Corte de Apelaciones de Puerto Montt admitió que, a la luz del art. 13 N° 2 del Convenio 169 de la OIT, el concepto de tierras indígenas es hoy más amplio que el establecido en los arts. 12 y 13 de la Ley 19.253, y comprende, además, la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera, la Corte Suprema eliminó este considerando de la sentencia definitiva (Meza-Lopehandía 2016a)³⁶⁹.

Otros, como Faundes, si bien consideran que este ejercicio de interpretación amplia de la territorialidad indígena por parte de los jueces constitucionales ha tenido un alcance limitado y se trata de una doctrina no consolidada, destacan algunos casos que van más allá de los derechos de propiedad de las aguas de las comunidades andinas del Norte de Chile. Se trata de casos donde el ejercicio hermenéutico de los tribunales asume una transición del concepto de tierras al de territorio y hábitat indígena y reconoce la ocupación tradicional (art. 14 del Convenio 169) como una forma válida de derecho de propiedad a la que da preeminencia por sobre el derecho positivo formal del Estado para resguardar el derecho colectivo al territorio de los pueblos indígenas, lo que no se ha traducido en expropiaciones, pero sí en dominios compartidos o derechos de acceso que limitan los derechos de propiedad de terceros (Faundes 2015)³⁷⁰.

³⁶⁸ Arts. 15 N° 1 y 13 No 2 del Convenio 169 de la OIT.

³⁶⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia Rol N° 36-2010, de 27 de julio de 2010; Corte Suprema, sentencia Rol N° 5757-2010, de 15 de septiembre de 2010.

³⁷⁰ En el caso de la CH Pilmaikén, la Corte Suprema hace una interpretación literal del art. 12 de la Ley Indígena y restringe el derecho de propiedad indígena al concepto de tierras en propiedad o posesión proveniente de títulos entregados por el Estado. La Corte Suprema interpreta la tala de árboles en un espacio sagrado para la construcción de la central como una vulneración de la legislación forestal, obviando que supone también una vulneración de la libertad de culto y del derecho al medio ambiente libre de contaminación que incluye el componente humano y sociocultural. Desde esta interpretación, la Corte Suprema no reconoce como forma legítima del derecho de propiedad a la ocupación de carácter colectiva

Un caso relevante según Faundes sería el de la machi Francisca Linconao, primer caso a nivel de la Corte de Apelaciones que reconoce que la protección constitucional del derecho de dominio puede ser limitada en base a la función social de la propiedad con el objetivo de proteger el derecho al medio ambiente, que comprende la propiedad indígena y los derechos culturales. Ahí radica la relevancia del caso: ser uno de los primeros en aplicar el Convenio 169 de la OIT en Chile y en donde la Corte Suprema hace una interpretación evolutiva del concepto de territorio y lo vincula al derecho a la protección del medio ambiente que incluye la protección de la cultura como parte del hábitat protegido por este derecho. Así, los derechos culturales y territoriales indígenas constituyen límites al derecho de dominio en base a la función social de la propiedad que ampara la protección del medio ambiente. A pesar de la resolución judicial favorable al reconocimiento de los derechos de propiedad indígena, la estrategia de litigio muestra unos efectos limitados en dos sentidos: en primer lugar, se configura un derecho de propiedad como derecho de acceso a lugares de significación cultural y de subsistencia (*menoko*), pero no se asegura el goce de este derecho ya que la normativa reserva las acciones civiles protectoras del dominio para el propietario registral; y en segundo lugar, el reconocimiento del derecho de propiedad indígena no se impone o inhibe los derechos de terceros propietarios registrales³⁷¹. Es por ello que la Machi tuvo que optar por el proceso de compra de tierras a través de la CONADI para convertirse en la titular propietaria registrada y ejercer así de manera efectiva su derecho de propiedad, que es garantizado finalmente desde el derecho civil y no desde el derecho de acceso al territorio para fines culturales y de subsistencia del Convenio 169, socavando así la titularidad colectiva del derecho al territorio y convirtiéndola en propiedad de una sola persona (Faundes 2015; Faundes 2010).

Otro caso relevante sería “Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional y Nacional de Aguas”, donde la Corte Suprema entiende que la literalidad de la Ley Indígena “terrenos” asume como vocablo hermenéuticamente aplicable el territorio y reconoce derechos territoriales de la comunidad atacameña sobre espacios de uso

tradicional (acceso en verano para fines ceremoniales) que sí es reconocida por el Convenio 169 y deriva el conocimiento del caso al procedimiento ordinario, donde no se protegen actos interprocesales, de forma que si finalmente llegasen a reconocerse los derechos indígenas en un proceso de lato conocimiento, sería un reconocimiento meramente nominal pues ya se habrían desarrollado los actos vulneratorios de sus derechos –tala de árboles, construcción de la central, etc. (Faundes 2015).

³⁷¹ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009; Corte Suprema, sentencia Rol N° 7287-2009, de 30 noviembre 2009.

ancestral que se ubican en tierras fiscales que permiten imponer limitaciones al titular formal de la propiedad registral, el Estado, y al solicitante de exploración de aguas subterráneas, CODELCO³⁷². La relevancia de este caso reside en que i) los derechos al territorio y a los recursos naturales contemplados en el Convenio 169 de la OIT son asumidos por la Corte Suprema como vinculantes y mandatos de aplicación directa que no requieren de adecuación legislativa, desafiando así la interpretación que había hecho la Corte Constitucional que solo reconocía como autoejecutables las disposiciones del Convenio referidas a la consulta previa y la participación; ii) la Corte Suprema sostiene que el pueblo atacameño goza de un estatuto especial de protección que le reconoce derechos al territorio y a los recursos hídricos que no requieren de derechos de propiedad inscrita y que tienen preminencia por sobre derechos constituidos en base a la propiedad registral, lo que refleja una recomposición del derecho de propiedad civil inscrita; iii) La Corte Suprema adopta una comprensión integral del derecho al territorio de los pueblos atacameños que incluye el dominio sobre el terreno y los recursos naturales e hídricos tanto superficiales como del subsuelo, aunque estos tengan un sistema de constitución y registro de derechos diferenciado (Faundes 2015).

Sin embargo, esta interpretación amplia de la Corte Suprema respecto de la noción “tierras” indígenas está lejos de estar consolidada y en muchas ocasiones, especialmente en lo relativo al reconocimiento de la territorialidad indígena para identificar la procedencia de la consulta, la corte ha realizado una interpretación mucho más restrictiva en el sentido de propiedad inscrita, mostrándose mucho más reticente a reconocer la relación especial que une a los pueblos indígenas con sus territorios (Meza-Lopehandía 2016b; Puschel 2021)³⁷³.

Libertad de culto.

Otra cuestión que emerge frecuentemente vinculada a las demandas territoriales indígenas en la jurisdicción constitucional tiene que ver con el ejercicio de la libertad de culto. En algunos casos se ha realizado un uso sustantivo del Convenio por parte de los tribunales superiores para interpretar las garantías constitucionales de la libertad de culto

³⁷² Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, de 28 de agosto de 2013; Corte Suprema, Rol 14.003-13, de 15 de mayo de 2014.

³⁷³ Sentencias Rol N° 1.602-2012, de 8 de Junio de 2012; Corte Suprema, sentencia Rol N° 4.289-2011, de 17 de junio de 2011 (Meza-Lopehandía 2016a).

en favor de los pueblos indígenas, lo cual es relevante porque muchos proyectos se localizan en lugares próximos a espacios sagrados de significación cultural (Nash y Núñez 2018). El caso más emblemático y reciente ha sido el del proyecto de la CH Osorno en el río Pilmaikén, propiedad de la empresa estatal noruega Statkraft. En este caso, la Corte Suprema acoge el recurso de protección presentado por la machi Millaray que reclama una vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 19.2 CP) y del derecho de propiedad (art. 19.24) por la transferencia de la propiedad del Complejo Natural Ceremonial Ngen Mapu Kintuante a la comunidad de Lepuneros, sin garantizar la debida participación de todas las comunidades y autoridades ancestrales Mapuche Williche que hacen uso ceremonial de dicho espacio y que desde 2011 habían solicitado a la CONADI le transfiriera gratuitamente el dominio del terreno ceremonial. La Corte Suprema considera que por parte de la empresa, la transferencia en beneficio de la asociación de Lepuneros, no resuelve los conflictos entre las diversas comunidades y no garantiza que todas tengan acceso a los territorios ceremoniales, impidiéndose así el legítimo ejercicio de la libertad de sus creencias; por parte de la CONADI, su inactividad y dilación en resolver lo solicitado por la recurrente en el año 2011, provoca que solo una de ellas pudiese ser beneficiada por una eventual transferencia a título gratuito de los terrenos, lo que supone una violación de la igualdad ante la ley y una amenaza al ejercicio de la libertad de conciencia de la recurrente³⁷⁴. Otro caso relevante en materia de libertad de culto es el caso de la minera “Manganeso Los Pumas”, en donde la Corte de Apelaciones de Arica adopta una comprensión amplia del territorio indígena y entiende que la probable afectación de la vertiente de la quebrada de Tarapacá, lugar conectado con la divinidad andina en la cosmovisión aymara, supone una amenaza al ejercicio libre de todo culto garantizado por el art. 19.6 de la CP y exige la realización de la consulta previa. Sin embargo, posteriormente, la Corte Suprema revocaría esta decisión y derivaría el caso al Primer Tribunal Ambiental (Nash y Núñez 2018; Meza-Lopehandía 2016a y 2016b)³⁷⁵.

³⁷⁴ Corte Suprema, Rol N° 56.135-2021, de 20 de enero de 2022.

³⁷⁵ Corte de Apelaciones de Arica, sentencia Rol N° 182-2013, de 25 de noviembre de 2013; Corte Suprema, sentencia Rol N° 3010-2013, de 26 de septiembre de 2013.

6.3.2. La recepción de los recursos de reclamación indígenas en la jurisdicción ambiental.

Valoración cuantitativa.

En la jurisdicción ambiental, se han encontrado estudios que desde un enfoque cuantitativo analizan la litigación indígena desde categorías como vías recursivas, reclamos indígenas y derechos invocados, resolución judicial y fundamentos para acoger o rechazar las demandas. A destacar que estos estudios llegan a conclusiones similares – la nueva institucionalidad ambiental no habría aliviado la presión del extractivismo sobre el medio ambiente y la población indígena- pero desde la constatación de algunas diferencias en sus muestras y categorías de análisis.

Por un lado, Hervé y Bascur dan cuenta de cómo entre los tres Tribunales Ambientales a finales de 2019 únicamente han conocido de 9 reclamaciones contra RCA que guardan relación con la protección de los derechos indígenas. Las principales reclamaciones indígenas en sede ambiental están referidas a la consulta previa (9 casos)³⁷⁶, bien sea por su omisión o por no desarrollarse en conformidad con los estándares internacionales; la indebida consideración por parte de la autoridad ambiental de las observaciones presentadas en el proceso de participación ciudadana (5 casos)³⁷⁷; la existencia de susceptibilidad de afectación directa no reconocida por la autoridad ambiental (3 casos)³⁷⁸ y las falencias de los estudios antropológicos presentados por el proponente que delimitaban una reducida área de influencia del proyecto (2 casos)³⁷⁹. La interposición de los recursos se realizó mediante la vía del art. 17.6 LTA en 5 casos³⁸⁰,

³⁷⁶ Segundo Tribunal Ambiental, sentencias Rol 16-2013 (Proyecto “Piscicultura Río Calcurrupe”), Rol 54-2014 (Proyecto “Sondajes prospección Paguanta”), Rol 141-2017 (Proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”), Rol 157-2017 (Proyecto “RT Sulfuros”); Tercer Tribunal Ambiental, sentencias Rol 30-2016 (Proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”), Rol 31-2016 (Proyecto “Modernización Ampliación Planta Arauco”), Rol 38-2016 (Proyecto “CH Doña Alicia”), Rol 41-2016 (proyecto Pulpa Textil) y Rol 78-2018 (Proyecto “Ampliación minicentral hidroeléctrica Las Flores”).

³⁷⁷ Segundo Tribunal Ambiental, sentencias Rol 54-2014 (Proyecto “Sondajes prospección Paguanta”), Rol 141-2017 (Proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”), Rol 157-2017 (Proyecto “RT Sulfuros”); Tercer Tribunal Ambiental, sentencias Rol 30-2016 (Proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”) y Rol 38-2016 (Proyecto “CH Doña Alicia”).

³⁷⁸ Segundo Tribunal Ambiental, sentencias Rol 54-2014 (Proyecto “Sondajes prospección Paguanta”), Tercer Tribunal Ambiental, sentencias Rol 30-2016 (Proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”) y Rol 41-2016 (proyecto Pulpa Textil).

³⁷⁹ Tercer Tribunal Ambiental, sentencias Rol 30-2016 (Proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”) y Rol 41-2016 (Proyecto “Pulpa Textil”).

³⁸⁰ Segundo Tribunal Ambiental, sentencias Rol 54-2014 (Proyecto “Sondajes prospección Paguanta”), Rol 141-2017 (Proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”) y Rol 157-2017 (Proyecto “RT Sulfuros”); Tercer Tribunal Ambiental sentencias Rol 30-2016 (Proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”) y Rol 38-2016 (Proyecto “CH Doña Alicia”).

del art. 17.8 LTA en 3 casos³⁸¹, y del art. 17.5 LTA en un caso³⁸². De las 9 reclamaciones contra las RCA se habrían emitido seis sentencias definitivas que rechazan las pretensiones indígenas. En los 9 casos, además, se habrían presentado recursos de casación ante la Corte Suprema, de los que en 5 casos se habría confirmado el rechazo resuelto por los Tribunales Ambientales, uno habría sido desistido por el recurrente y los otros tres se encontraban pendientes de resolución (Hervé y Bascur 2019).

Por otro lado, Rabi y Campos destacan que las reclamaciones indígenas solo constituyen el 6,5% del total de los recursos interpuestos ante los Tribunales Ambientales (12 acciones judiciales indígenas de un total de 184 en el periodo 2013-2016), porcentaje que aumenta hasta el 20% si se consideran también las organizaciones de base y grupos ambientalistas. De estas acciones, la vía recursiva más empleada por los pueblos indígenas habría sido la del art. 17.8 de la LTA para solicitar la invalidación del procedimiento de evaluación ambiental (4 casos), seguida por la vía del art. 17.6 de la LTA para reclamar la indebida consideración de las observaciones presentadas en la PAC (2 casos), y en último lugar, la vía del art. 17.5 de la LTA para reclamar como directamente afectados contra la aprobación condicionada de un EIA cuando las variables sometidas a evaluación o monitoreo ambiental han cambiado sustancialmente una vez los proyectos están en marcha (1 caso)³⁸³. Para estos autores, la necesidad de presentar observaciones en la PAC junto al sesgo de los Tribunales Ambientales por una justicia procedimental que obliga a los recurrentes a fundamentar sus demandas en ilegalidades formales se constituyen en barreras que limitan el acceso a la justicia ambiental de los pueblos indígenas y explica el por qué en la mayoría de las ocasiones recurren a la solicitud de la invalidación de la RCA contemplada en el art. 17.8 de la LTA. En su estudio, también advierten que todos los recursos indígenas concluidos ante los Tribunales Ambientales habrían sido rechazados (7 casos) y solo uno habría sido parcialmente acogido, por lo que se concluye que el rechazo de los proyectos en sede ambiental ha sido muy excepcional y las resoluciones más acordes a los intereses de terceros tienen lugar mediante decisiones que exigen reconsiderar la evaluación ambiental desde el momento en que se produjo el error pero sin prohibir la implementación del

³⁸¹ Tercer Tribunal Ambiental Sentencias Rol 31-2016 (Proyecto “Modernización Ampliación Planta Arauco), Rol 41-2016 (proyecto Pulpa Textil) y Rol 78-2018 (Proyecto “Ampliación minicentral hidroeléctrica Las Flores”.

³⁸² Segundo Tribunal Ambiental, sentencia Rol 16-2013 (proyecto “Piscicultura Río Calcurrupe”).

³⁸³ En 3 ocasiones también habrían utilizado la vía del art. 17.3 de la LTA contra resoluciones de la SMA por incumplir disposiciones legales o reglamentarias (Rabi y Campos 2021).

proyecto. De esta manera, tomando en consideración el bajo índice de éxito del litigio indígena y de las organizaciones de base en la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales y de la Corte Suprema en casación, no existe evidencia empírica para argumentar que dichas estrategias de litigio desde abajo están obstaculizando el desarrollo del país, argumento muy utilizado por el sector empresarial y parte de la clase política. Más aún si se tiene en cuenta que el 44% de los recursos son presentados por inversores privados con el propósito de que sus proyectos puedan continuar operando y que la tasa de éxito de sus recursos en sede ambiental alcanza el 44% del total de recursos acogidos por los tribunales ambientales, lo que indica una brecha en el total de resoluciones acogidas por los Tribunales Ambientales en favor de los titulares de los proyectos, la mayoría de las cuales fueron presentadas contra resoluciones de la SMA. Si bien es cierto que tendrían como efecto una dilación para obtener los permisos sectoriales y un mayor dispendio en asesorías técnicas para los inversores, las estrategias de litigio desde abajo salvo contadas excepciones no habrían logrado detener los proyectos de inversión en los territorios (Rabi y Campos 2021).

Valoración cualitativa.

Etapas.

Desde la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales (2012 el Segundo Tribunal Ambiental, 2013 el Tercer Tribunal Ambiental y 2017 el Primer Tribunal Ambiental) sus resoluciones han realizado una homologación entre la susceptibilidad de afectación directa para la procedencia de la consulta previa y los impactos significativos del art. 11 de la LBGMA, dando continuidad al criterio de interpretación adoptado previamente en sede constitucional, que provoca que la consulta previa únicamente tenga lugar con EIA y no con DIA. No obstante, algunos trabajos apuntan a que podría estar iniciándose una nueva etapa en la jurisdicción ambiental en la se empieza a desacoplar la susceptibilidad de afectación directa de la significancia de los impactos ambientales para determinar la procedencia de la consulta previa (Durán-Soto 2021a, 2021b)³⁸⁴. La sentencia del Primer Tribunal Ambiental en el caso del proyecto

³⁸⁴ Otros apuntan a que el carácter distintivo de esta nueva etapa sería una comprensión más plural de la susceptibilidad de afectación directa a partir de un mayor reconocimiento de la función epistémica de la participación indígena (Guerra-Schleef y Sánchez 2021).

“Prospección Minera Norte Abierto Sector Caspiche”³⁸⁵ podría marcar un hito en este giro jurisprudencial, ya que da primacía a la susceptibilidad de afectación directa por sobre la significancia de los impactos para dirimir la procedencia de la consulta indígena y, consecuentemente, resuelve la acreditación de la susceptibilidad de afectación directa a población protegida del literal d) del art. 11 de la LBGMA a partir de una interpretación de esta norma en base a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y sin tomar en consideración el desarrollo normativo que realiza el art. 8 del RSEIA y la interpretación que las Cortes de Apelaciones y los Tribunales Ambientales habían hecho de los literales del art. 11 de la LBGMA (Durán-Soto 2021a). De consolidarse este giro jurisprudencial, se podría abrir la puerta a superar la procedimentalización de la consulta y desarrollar la consulta en sus aspectos sustantivos, como instancia de diálogo intercultural y como mecanismo de protección y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas (Duran-Soto 2021a).

Efectos del litigio indígena en la jurisdicción ambiental.

En las impugnaciones de las RCA realizadas por personas indígenas ante los Tribunales Ambientales se constata una dificultad en el acceso a la justicia ambiental y a la tutela judicial efectiva que se manifiesta en que la mayoría de los recursos son rechazados por cuestiones formales y en que los tribunales no entran a valorar el fondo de las demandas con la salvedad del reclamo de susceptibilidad de afectación directa, que sí es considerado por los Tribunales Ambientales únicamente para valorar la procedencia de la consulta previa pero no para entrar a valorar si la forma en que ha tenido lugar la consulta satisface los principios de buena fe, representatividad de las instituciones indígenas o el propósito de alcanzar el consentimiento o si el contenido de los acuerdos garantiza la protección de los derechos indígenas (Hervé y Bascur 2019).

Los Tribunales Ambientales han dado continuidad a los estándares fijados en sede proteccional para la procedencia de la consulta, es decir, a la significancia de afectación directa, pero es posible observar ciertas diferencias entre el Segundo y el Tercer Tribunal Ambiental.

³⁸⁵ Primer Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 28-2020, de 21 de abril de 2020.

Por un lado, el Segundo Tribunal Ambiental adopta una aproximación formalista y de máxima deferencia hacia la actuación administrativa en cuanto a la procedencia de la consulta y respecto de las personas que pueden participar en ella, exige un alto umbral de certeza de la afectación directa y significativa, distanciándose del principio precautorio, de los estándares del Convenio 169 de la OIT y de una comprensión de la consulta como diálogo intercultural que ha de servir para hacer visibles los impactos no evidentes bajo los parámetros de la cultura dominante, y traslada la carga de la prueba de la afectación directa a la comunidades indígenas, abdicando de sus competencias de revisión y control de los proyectos y contraviniendo el principio preventivo (Observatorio Ciudadano 2018; Guerra-Schleef 2017).

Por otra parte, el Tercer Tribunal Ambiental también homologa la susceptibilidad de afectación directa para la procedencia de la consulta previa con la significancia de los impactos del RSEIA, pero en cambio no ha desistido de su competencia de revisión de las resoluciones de la autoridad ambiental (Observatorio Ciudadano 2018). Por el contrario, el Tercer Tribunal Ambiental asume un ejercicio amplio de revisión de las RCA, tanto en aspectos procedimentales como en la verificación de los hechos, y en ocasiones relaciona la exigencia legal de motivación de las decisiones administrativas con la carga probatoria en el SEIA, por lo que concluye que cuando los OAECA y las comunidades afectadas no son capaces de subsanar las falencias en los antecedentes del proyecto presentados por el proponente para confirmar o descartar la susceptibilidad de afectación directa y la generación de los impactos del art. 11 LBGMA, las autoridades administrativas y los tribunales de justicia no podrán descartar la consulta previa, deberán verse incapacitados de emitir una resolución fundada y no habrá lugar para una RCA favorable (Guerra-Schleef 2017).

De esta manera, como destaca Carmona, en la jurisprudencia ambiental se ha requerido la significancia y la certeza de la afectación para admitir la procedencia de la consulta previa, sin realizar un esfuerzo hermenéutico para sustentar esta homologación, lo que transgrede el objeto y el fin del Convenio 169 que es la participación de los pueblos indígenas en la determinación de los impactos, el fortalecimiento de la cultura indígena y que los pueblos puedan asumir el mayor control posible sobre sus formas de vida y desarrollo. Desde esta hermenéutica, los Tribunales Ambientales han fijado un estándar para la procedencia de la consulta más elevado que el exigido por el Convenio 169 y han negado, en la mayoría de las ocasiones, la procedencia de la consulta, que solo tiene lugar

con EIA y no con DIA, impidiendo el diálogo intercultural y dejando que sean el proponente y el SEA quienes delimiten las afectaciones del proyecto desde el conocimiento hegemónico, mientras se traslada la carga de la prueba a las comunidades indígenas recurrentes y se elimina el principio precautorio del debate jurídico al exigir certeza y no riesgos para las adopción de medidas adecuadas (Puschel 2021; Carmona 2020b). Además, los Tribunales Ambientales han considerado que la autoridad ambiental no está obligada a hacerse cargo de las observaciones y comentarios realizados por los pueblos indígenas en un proceso de consulta (como sí sucede en el proceso de participación ciudadana), ni debe explicar de qué manera las medidas previstas en la RCA se hacen cargo de las afectaciones que genera el proyecto y han descartado la posibilidad de que los pueblos indígenas usen la reclamación del art. 17.6 de la LTA para abordar cuestiones vinculadas a la consulta previa. Desde esta hermenéutica, la jurisprudencia ambiental ha comprendido la consulta previa como una obligación de medio y no de resultado, realizando así una interpretación restrictiva y parcial respecto de la naturaleza y el contenido del derecho a la consulta previa. Ello supone una interpretación errónea y sesgada de los estándares internacionales que reproduce un desplazamiento de las cuestiones sustantivas a las formales del derecho a la consulta previa. Por consiguiente, la garantía del consentimiento indígena en la adopción de medidas administrativas del Estado y la protección de derechos sustantivos indígenas (finalidad de la consulta) se ven reemplazadas por debates sobre cuestiones metodológicas y de procedimiento o los requisitos para probar la susceptibilidad de afectación directa (Carmona 2020b).

Este desplazamiento de la consulta hacia lo formal en sede ambiental ha erosionado la legitimidad de la consulta para proteger los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y ha provocado varios efectos: por un lado, la litigación indígena en sede ambiental ha desarrollado una estrategia centrada en la identificación de vicios del procedimiento administrativo que convierten a la RCA en infundada e ilegal (caso de las CH Mediterráneo y Doña Alicia); por el otro, los pueblos indígenas optan por otros recursos y vías judiciales e incluso por acciones directas de protesta, lo que a su vez produce que se agudicen y perpetúen los conflictos. El desafío de la justicia ambiental es que los tribunales entren a valorar en qué grado las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas en la RCA se hacen cargo de las afectaciones generadas por el proyecto tomando en la consideración debida los argumentos de los pueblos indígenas concernidos (Carmona 2020b).

Si bien los tribunales chilenos no han incorporado en su razonamiento judicial una comprensión del concepto territorio indígena que se ajuste a los estándares internacionales en el ámbito de la consulta previa en materia ambiental, sí que han facilitado algunas consideraciones respecto a la procedencia de la consulta que pueden aplicarse a futuras controversias donde el elemento territorial sea esencial (Puschel 2021). Puschel observa una jurisprudencia de la Corte Suprema vacilante: en el caso Pueblos indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Aroma, Coscaya y Miñi Miñi con Director Ejecutivo del SEA, la Corte confirma el fallo del Segundo Tribunal Ambiental que establece como criterio que únicamente serán consultadas las comunidades indígenas ubicadas dentro del área de influencia directa del proyecto, estableciendo un criterio de certeza y no de posibilidad de la afectación como había requerido la CONADI y un criterio de magnitud de la afectación que hace que la supuesta levedad de los impactos generados por las prospecciones justifique la exclusión de algunas comunidades de la cuenca del proceso de consulta³⁸⁶; en el caso José Horacio Cayún Quiroz con Comité de Ministros, primer caso donde se discute la relevancia del informe antropológico en la determinación de la afectación al medio humano y en el que la Corte Suprema confirma el fallo del Tercer Tribunal Ambiental y resuelve que las falencias en la línea de base del componente humano impiden la evaluación correcta de los impactos y constituyen un vicio de carácter esencial que fundamenta la anulación de la RCA. También es relevante porque se trata del primer caso en que la Corte Suprema estima que la variable distancia de la comunidad respecto del proyecto no es un factor determinante para descartar susceptibilidad de afectación directa³⁸⁷; en el caso Luis Alberto Araneda Necuman con Comité de Ministros, la Corte Suprema sostiene que las falencias del estudio antropológico no permiten concluir si hay afectación o no a las comunidades indígenas que se encuentran en el área de influencia del proyecto y agrega que el pronunciamiento de la CONADI es infundado porque no justifica su conformidad con el EIA. Por consiguiente, la Corte Suprema considera que la evaluación ambiental no demostró la no afectación significativa de las comunidades y resuelve anular la RCA en aplicación del principio precautorio, que exige la necesidad de una actuación anticipada ante un eventual riesgo en materia ambiental sin existir certeza de la afectación y desafía así al estándar de certeza que sí se exige para la procedencia de la consulta previa. Ahí

³⁸⁶ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 73.562- 2014; Corte Suprema, sentencia Rol N° 817-2016.

³⁸⁷ Tercer Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 30-2016; Corte Suprema, sentencia Rol N° 100.805-2016.

radica la relevancia de este caso: la aplicación del principio precautorio para exigir una mejor fundamentación a los actos administrativos de los que depende la decisión de la procedencia de la consulta³⁸⁸.

Avances (limitados) del litigio indígena en la jurisdicción ambiental.

En múltiples casos los Tribunales Ambientales han rechazado la susceptibilidad de afectación directa³⁸⁹ de forma que la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales ha supuesto unos avances muy escasos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales dicen relación con:

i) La exigencia de que los titulares de los proyectos y los organismos técnicos especializados presenten informes y antecedentes de los proyectos sólidos y confiables para no generar un vicio de entidad suficiente que comporte la ilegalidad de la RCA por constituir un acto administrativo carente de motivación (Hervé y Bascur 2019). Como hemos indicado *supra*, el Tercer Tribunal Ambiental ha adoptado este criterio hermenéutico en los casos de las CH Mediterráneo y Doña Alicia y de esta manera ha desafiado la jurisprudencia precedente que trasladaba la carga de la prueba de la susceptibilidad de afectación directa a las comunidades indígenas y que suponía, en realidad, una restricción al DF a la consulta previa ya que las comunidades indígenas, en general, no disponen de los recursos materiales y técnicos para presentar los antecedentes requeridos en términos de certeza como se les exigía desde los tribunales³⁹⁰. En estos casos, el Tercer Tribunal Ambiental y la Corte Suprema en casación aplican el principio preventivo y precautorio del derecho ambiental para exigir al proponente la demostración de la inexistencia de la susceptibilidad de afectación directa y obligar a la autoridad ambiental a analizar de manera técnica, objetiva e imparcial los informes proporcionados por el titular del proyecto con el propósito de identificar afectaciones significativas al hábitat indígena y la procedencia de la consulta (Observatorio Ciudadano 2018; Guerra-Schleef 2017; Guerra-Schleef 2019a). Si se asentara esta interpretación en los Tribunales

³⁸⁸ Tercer Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 38-2016; Corte Suprema, sentencia Rol N° 3.971-2017.

³⁸⁹ Segundo Tribunal Ambiental Rol 54-2014 (Proyecto “Sondajes prospección Paguanta”) y Rol 157-2017 (Proyecto “RT Sulfuros”).

³⁹⁰ Tercer Tribunal Ambiental, Sentencias Rol 30-2016 (Proyecto “Central de Pasada Mediterráneo”) y Rol 38-2016 (Proyecto “CH Doña Alicia). Corte Suprema, sentencias Corte Suprema Rol N° 100.805-2016 y Rol N° 3.971-2017.

Ambientales³⁹¹, sería una importante contribución hacia una mayor garantía del ejercicio de la consulta previa y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Chile.

ii) La reciente apertura a la posibilidad de desarrollar la función epistémica de la consulta previa en el marco de la institucionalidad ambiental por medio de una nueva interpretación y aplicación del art. 86 RSEIA y del causal d) del art. 11 de la LBGMA³⁹². En relación al art. 86 RSEIA se destacan dos casos: a) el caso de la CH Las Flores³⁹³, primera vez que un tribunal ambiental exige el deber de verificar la verosimilitud de la DIA presentada por el titular del proyecto por medio de reuniones previas con grupos humanos indígenas y en caso de no ser posible explicar los motivos. En este caso, el Tercer Tribunal Ambiental sostiene que la facultad del SEA de poner término anticipado a la evaluación ambiental de un proyecto no solo debe fundamentarse en los informes sectoriales de los órganos competentes sino también en las reuniones previas con grupos humanos indígenas, ya que, de lo contrario, la evaluación ambiental se torna ilegal y arbitraria al prescindir de la información proporcionada por los pueblos indígenas, que se trata de la información más fiable para identificar impactos en contextos de diversidad cultural³⁹⁴; b) el caso de la Piscicultura de Re-circulación Lago Balmaceda³⁹⁵, donde la Corte Suprema sostiene que las reuniones previas con las comunidades indígenas son un elemento esencial para nutrir al SEA de la información necesaria para garantizar el respeto al principio preventivo del derecho ambiental y a los compromisos adquiridos por el Estado con la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Así, la Corte dictamina la obligación de realizar estas reuniones previas con grupos humanos indígenas también

³⁹¹ El Segundo Tribunal Ambiental ha descartado la susceptibilidad de afectación directa en base a los informes presentados por el proponente y la autoridad ambiental y ha exigido asimismo un elevado estándar de umbral de certeza a los órganos técnicos competentes para admitir la susceptibilidad de la afectación (Observatorio Ciudadano 2018; Hervé y Bascur 2019).

³⁹² La letra d) del art. 11 de la LBGMA recoge la definición de territorio con valor ambiental (Puschel 2021) y establece la obligación de ingresar al SEIA mediante un EIA cuando un proyecto se localice en o próximo a población protegida susceptible de ser afectada. Para Carmona, esta disposición supone un punto de contacto entre la doctrina que exige la certeza y significancia de la afectación, y la doctrina que aboga por la posibilidad de la afectación, pero sostiene que es difícil desplegar el potencial de esta norma para gatillar la consulta previa debido al margen de discrecionalidad que el RSEIA otorga a la autoridad ambiental en la determinación de la susceptibilidad de afectación directa en base a criterios de extensión, magnitud o duración de la intervención (art. 8.8 RSEIA) y al Instructivo del Director Ejecutivo del SEA que realiza una interpretación restrictiva y excluyente de esta disposición (Carmona 2020b).

³⁹³ Tercer Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 78-2018, de 7 de junio de 2019.

³⁹⁴ En este caso, los reclamos mapuche fueron solo parcialmente acogidos, ya que se rechazaron las demandas de que el proyecto ingresara al SEIA mediante un EIA y la apertura de un procedimiento de consulta previa (Carmona 2020b).

³⁹⁵ Corte Suprema, sentencia Rol N° 36.919-2019, de 22 de febrero de 2021. Con esta resolución la Corte Suprema revoca el fallo del Tercer Tribunal Ambiental que había rechazado el reclamo de las comunidades indígenas de realizar una consulta previa al exigir un umbral de significancia de la afectación no acreditado por los recurrentes (Tercer Tribunal Ambiental Rol R-9-2019) (Carmona 2020b).

para el caso de proyectos que hayan ingresado al SEIA mediante una DIA ya que no puede prescindirse de la forma más fiable de recolección de datos cuando se valora la posible afectación de un proyecto sobre comunidades indígenas: el diálogo intercultural con las organizaciones e instituciones indígenas que son los principales expertos en lo que refiere a sus sistemas de vida, cultura y territorio (Guerra-Schleef y Sánchez 2021). No obstante, los avances que pudieran suponer estas sentencias hacia una comprensión de la función epistémica de la participación de los pueblos indígenas se han visto limitados porque las sentencias no han desafiado el criterio de la magnitud de la afectación para el reconocimiento de la susceptibilidad de afectación directa y la procedencia de la consulta, de forma que se ha visto así truncada la función epistémica de la consulta previa. El problema de estas sentencias es que se traslada la discusión de la ocurrencia de una afectación al momento de evaluar la procedencia de la consulta, en lugar de ser el objeto que se dirime en el proceso de consulta, confundiéndose así lo que gatilla la consulta con la finalidad de la consulta (Guerra-Schleef y Sánchez 2021).

iii) El desafío del Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta, en el caso del proyecto “Prospección Minera Norte Abierto sector Caspiche”, al criterio de la significancia de la afectación para reconocer la procedencia de la consulta previa argumentando que la significancia de la afectación debe ser analizada tomando en consideración las cosmovisiones y prioridades de desarrollo propias de los pueblos indígenas³⁹⁶. El Primer Tribunal Ambiental entiende que la única forma de armonizar la LBGMA y el Convenio 169 de la OIT es considerar la susceptibilidad de afectación directa en términos hipotéticos y no de certeza en relación con el literal d) del art. 11 de la LBGMA. Se trata de una sentencia que marca un hito en la jurisprudencia ambiental ya que es la primera vez en sede ambiental que un tribunal ordena la realización de una consulta previa y que se interpreta el ordenamiento ambiental a la luz de los estándares del convenio 169 de la OIT para reconocer la susceptibilidad de afectación directa como elemento gatillante de la consulta sin exigir certeza de la afectación y por concurrir la cercanía a grupos humanos indígenas del literal d) del art. 11 de la LBGMA. En base a este precedente, los proyectos que generen susceptibilidad de afectación directa en términos hipotéticos, deberían ingresar al SEIA como EIA por presentarse el impacto

³⁹⁶ Primer Tribunal Ambiental, Rol N° R-38-2020, de 21 de abril de 2021.

ambiental regulado en el literal d) del art. 11 de la LBGMA (Guerra-Schleef y Sánchez 2021; Durán-Soto 2021a, 2021b)³⁹⁷.

Barreras del litigio indígena en la jurisdicción ambiental.

A pesar de algunos avances jurisprudenciales señalados en el apartado anterior, las estrategias de litigio de las comunidades indígenas en los Tribunales Ambientales se encuentran con algunas barreras difíciles de sortear y que están relacionadas con cuestiones formales, principalmente los plazos y la legitimidad activa para interponer el recurso de reclamación (Hervé y Bascur 2019; Delgado 2021)³⁹⁸.

La barrera de los plazos.

Respecto de los plazos se presentan dos obstáculos para que los recursos de las comunidades indígenas prosperen en sede ambiental. El primer obstáculo es la brevedad del plazo (30 días contados desde la notificación o publicación de la resolución administrativa) que contempla el art. 17.6 de la LTA para interponer el recurso de reclamación especial disponible para las personas naturales o jurídicas que hubieran presentado observaciones en el proceso de participación ciudadana. El segundo obstáculo es la inseguridad jurídica que rige a la hora de presentar la solicitud de invalidación general del art. 17.8 de la LTA disponible para los terceros absolutos que no hubieran participado de la PAC³⁹⁹. A este respecto, se observan dos interpretaciones en la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina especializada: por un lado, el Tercer Tribunal Ambiental ha adoptado la tesis de la invalidación impropia y ha sido consistente en considerar que debiera regir el mismo plazo de 30 días contados desde la publicación de

³⁹⁷ Durán-Soto, sin embargo, sostiene que esta sentencia manifiesta una interpretación de los estándares de la consulta y de los derechos indígenas afín a la respuesta del multiculturalismo a la diversidad cultural y al enfoque predominantemente multicultural y liberal del Derecho, de forma que se protegen los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la medida que estos no tomen preminencia sobre los DF individuales de las personas que componen el sujeto colectivo (Durán-Soto 2021b).

³⁹⁸ La interposición del recurso de reclamación a través de la vía del art. 17.8 de la LTA ha sido objeto de una fuerte controversia en la doctrina y la jurisprudencia respecto de materias como el plazo para solicitar la invalidación; el plazo para ejercer la potestad invalidatoria; la relación del régimen de impugnación ordinario de los actos administrativos y la invalidación; el interés invocado en sede administrativa; el concepto de directamente afectado; los límites a la potestad invalidatoria; la invalidación de los actos trámites y el agotamiento de la vía administrativa (Alcalde y Rojas 2018).

³⁹⁹ Los titulares de los proyectos y los terceros que presentaron observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental están excluidos del ejercicio de la acción del art. 17.8 de la LTA porque pueden impugnar la RCA mediante los reclamos contemplados en los numerales 5 y 6 del art. 17 de la LTA (Poklepovic 2017).

la resolución administrativa que se considera para el recurso de reclamación especial y así garantizar la igualdad de oportunidades entre diferentes potenciales recurrentes⁴⁰⁰; y por el otro, el Segundo Tribunal Ambiental ha adoptado la tesis de la invalidación propiamente tal y ha considerado, en la gran mayoría de los casos, que el plazo que debiera regir sería de dos años desde la publicación o notificación del acto administrativo contemplados en el art. 53 de la LBPA. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha mostrado vacilante y no ha contribuido a clarificar esta cuestión (Lillo y Berríos 2020). La aplicación de la tesis de la invalidación impropia tiene como consecuencia que muchas reclamaciones indígenas sean desestimadas por extemporáneas y obstaculiza el acceso a la justicia ambiental para los pueblos indígenas (Poklepovic 2017)⁴⁰¹. A este respecto, otro problema añadido ha sido que la doctrina dominante y la jurisprudencia han entendido el plazo de dos años para solicitar la invalidación de la RCA como un plazo de caducidad y no de prescripción, de forma que si la solicitud se presenta hacia el final de ese plazo de 2 años, la jurisprudencia ambiental ha desestimado la solicitud por considerar que la autoridad ambiental no disponía del tiempo suficiente para valorar y resolver la solicitud de invalidación de la RCA⁴⁰². Estos obstáculos han contribuido a que

⁴⁰⁰ Parte de la doctrina defiende la necesidad de armonizar los plazos para interponer la solicitud de invalidación. Entienden que no sería lógico otorgarle a los terceros absolutos un plazo mayor que a los titulares de proyecto o a quienes presentaron observaciones en el proceso de participación ciudadana, pues ello iría en detrimento de la seguridad jurídica de los inversores a la hora de materializar sus proyectos y socavaría el principio participatorio, pues desincentivaría la participación ciudadana en el procedimiento de evaluación ambiental al disponer de un plazo más breve para impugnar la resolución administrativa y tener que limitar la impugnación al contenido de las propias observaciones. En cambio, otra parte de la doctrina entiende que la invalidación impropia no debe ser la regla general de invalidación de todos los actos administrativos de carácter ambiental ya que ello supone dar un mayor alcance a una disposición legal con el propósito de restringir el acceso a una acción (la reclamación del art. 17.8 LTA) por medio de la reducción del plazo. Así, la teoría de la invalidación impropia no debería operar para casos diferentes a los recogidos en los arts. 17.5 y 17.6 de la LTA. Hacerlo supone convertir en ilusorio el principio de revisión judicial de los actos administrativos en materia ambiental pues no existe obligación de notificación o publicidad que permita el conocimiento de la dictación del acto o de su contenido por parte de terceros absolutos, a diferencia de la RCA. Para esta parte de la doctrina, la regla general de invalidación administrativa en materia ambiental debe ser la recogida en el art. 53 LBPA que contempla un plazo de 2 años desde la dictación del acto para ejercer la potestad invalidatoria, sea de oficio o a petición de parte. Contra la resolución que resuelva la solicitud de invalidación, podría el interesado deducir recurso de reclamación de acuerdo a lo dispuesto en el art. 17.8 de la LTA en el plazo de 30 días desde su notificación (Lillo y Berríos 2020).

⁴⁰¹ Casos sentencias Tercer Tribunal Ambiental R-31-2016 (Proyecto “Modernización Ampliación Planta Arauco) y R-41-2016 (Proyecto “Pulpa Textil”).

⁴⁰² Al tratarse de un plazo de caducidad no puede suspenderse ni interrumpirse la solicitud de invalidación efectuada dentro del plazo de 2 años, por lo que la autoridad administrativa entiende que debe solicitarse y resolverse la solicitud de invalidación dentro del plazo de dos años y cuando estima que no dispone de un tiempo razonable y prudente para resolver de manera fundada el procedimiento administrativo declara la inadmisibilidad de la solicitud. Los Tribunales Ambientales han acogido la exigencia de que la solicitud de invalidación deba presentarse en un plazo razonable y prudente antes de la caducidad de la misma (Segundo Tribunal Ambiental, sentencias Rol N° 63-2015, de 21 de abril de 2016; Rol N° 87-2015, de 17 de junio de 2016; Rol N° 67-2015, de 31 de enero de 2017; Tercer Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 10-2015, de

muchas de las reclamaciones interpuestas hayan sido desestimadas por extemporáneas y han dificultado el acceso a la justicia ambiental de las comunidades indígenas y fortalecido la inseguridad jurídica de las comunidades indígenas respecto del plazo que disponen para traducir sus intereses en reclamaciones del art. 17.8 de la LTA (Poklepovic 2017; Lillo y Berríos 2020; Hervé y Bascur 2019)⁴⁰³. Dos de las nueve reclamaciones indígenas presentadas ante los Tribunales Ambientales habrían sido rechazadas por extemporáneas (Hervé y Bascur 2019).

Barrera de la legitimidad activa y la vía recursiva idónea.

Respecto de la legitimidad activa y la vía recursiva idónea, la interpretación judicial tampoco ha ofrecido claridad a las comunidades indígenas que pretenden reclamar⁴⁰⁴. Existe incertidumbre respecto de la legitimidad activa de los pueblos indígenas cuando no han actuado como terceros absolutos, es decir, cuando han participado de la PAC o de la consulta previa. Por un lado, si bien se ha propuesto una interpretación amplia del régimen recursivo de los art. 20 y 29 de la LBGMA y del art. 17.6 de la LTA a partir de considerar que los vocablos “comunidad” y “mecanismos” del

21 de julio de 2015) (Poklepovic 2017). Sin embargo, la Corte Suprema en las sentencias Rol N° 31.176, de 25 de julio de 2017 y Rol N° 45.807-2016, de 6 de julio de 2017, señaló que el SEA no puede inhibirse de conocer las solicitudes de invalidación de una RCA y declararlas inadmisibles con la exigencia de solicitar la invalidación con una anterioridad razonable al plazo de caducidad de 2 años contados desde la publicación de la RCA, ya que ello supone introducir una exigencia nueva no prevista por el legislador, otorgar un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa al no delimitarse qué constituiría un plazo razonable y aceptable e incrementaría la inseguridad jurídica (Poklepovic 2017). Es por ello que la Corte Suprema en estos casos resuelve que cuando un tercero absoluto solicita una invalidación dentro del plazo de 2 años y la autoridad ambiental no dispone del tiempo suficiente para emitir un acto terminal del procedimiento de invalidación dentro del plazo de 2 años, corresponde que la autoridad ambiental ejerza conforme al art. 26 LBPA sus facultades de inmediato y de oficio para extender los plazos y materializar así el principio de impugnabilidad, participación ciudadana y tutela de intereses de terceros afectados por una RCA (Poklepovic 2017).

⁴⁰³ Otro problema que se observa en materia de plazos es la diferencia de criterio que han adoptado el Segundo y el Tercer Tribunal Ambiental al considerar hábiles los días de lunes a viernes el primero y de lunes a sábado el segundo (Alcalde y Rojas 2018).

⁴⁰⁴ Para la vía del art. 17.6 de la LTA tienen legitimidad activa las personas naturales y jurídicas que hubieran presentado un recurso administrativo de reclamación ante el Director Ejecutivo del SEA en el caso de una DIA y ante el Comité de Ministros en el caso de los EIA y que, por tanto, habrían presentado observaciones durante la evaluación ambiental del proyecto. Para la vía del 17.8 de la LTA tienen legitimidad activa quienes hubieran solicitado la invalidación administrativa de la RCA o el directamente afectado por la resolución que resuelve el procedimiento administrativo de invalidación, excluyéndose aquellos que participaron del PAC (art. 17.6 de la LTA). Como señalamos *supra*, los estudios cuantitativos tampoco aclaran cuál ha sido la vía recursiva preferida por los pueblos indígenas en la jurisdicción ambiental. Si para Hervé y Bascur los pueblos indígenas habrían optado mayoritariamente por la reclamación especial del art. 17.6 de la LTA (5 casos) y en menor medida por la vía del art. 17.8 de la LTA (3 casos) (Hervé y Bascur 2019), para Rabi y Campos sería a la inversa e identifican 4 casos presentados por la vía del art. 17.8 de la LTA y 2 para la vía del art. 17.6 de la LTA (Rabi y Campos 2021).

art. 26 LBGMA debieran comprender respectivamente a las comunidades indígenas y a la consulta indígena⁴⁰⁵, no existe una jurisprudencia consolidada al respecto, por lo que persiste la inseguridad jurídica respecto de cuál es la acción que deben usar las comunidades indígenas para reclamar contra una RCA; por otro lado, los Tribunales Ambientales han considerado que como la consulta previa no dispone de un recurso especial, la vía apropiada para reclamar cuestiones relativas a la consulta previa sería la del art. 17.8 de la LTA, que para algunos ha sido la menos utilizada por las comunidades y la menos acogida por los tribunales y que presenta muchos problemas en relación a su admisibilidad, por lo que en muchas ocasiones se deja a las comunidades indígenas en la indefensión jurídica (Hervé y Bascur 2019). En lo que concierne a la legitimidad activa para interponer una reclamación del art. 17.8 LTA, los Tribunales Ambientales han exigido el haber solicitado la invalidación administrativa o ser directamente afectado por la resolución que resuelve el procedimiento administrativo de invalidación (requerimiento del art. 18.7 de la LTA). Para iniciar un procedimiento administrativo de invalidación de una RCA, los Tribunales Ambientales requieren ser parte interesada conforme a las disposiciones del art. 21 y 28 de la LBPA y, por tanto, se necesita acreditar la titularidad de un derecho o interés individual o colectivo vinculado a componentes ambientales y a la salud de las personas que se pretende proteger mediante las normas, condiciones y medidas de la RCA y que pueden verse afectados por el acto administrativo en cuestión. En el caso de las resoluciones que resuelven una invalidación de oficio se exige un interés directo excluyéndose las posiciones jurídicas más alejadas de los efectos del acto administrativo (Poklepovic 2017). Un total de 3 de las 9 reclamaciones interpuestas ante los Tribunales Ambientales habrían sido rechazadas por falta de legitimidad activa de los recurrentes indígenas (Hervé y Bascur 2019).

7. Reflexiones finales.

Las estrategias de litigio indígena en Chile para defender sus derechos y confrontar las RCA de los proyectos energéticos y extractivos en sus territorios han continuado haciendo un uso preferente del recurso de protección ante las Cortes de

⁴⁰⁵ Corte Suprema, sentencia Rol N° 47.629-2016, de 29 de mayo de 2017 (Proyecto “Modernización Ampliación Planta Arauco”) y Segundo Tribunal Ambiental, sentencia Rol N° 157-2017, de 17 de agosto de 2018 (Proyecto “RT Sulfuros”).

Apelaciones por sobre el recurso de reclamación ante los Tribunales Ambientales. Sin embargo, desde un enfoque estrecho, la eficacia de cualquiera de las dos vías recursivas ha mostrado importantes limitaciones, ya que la gran mayoría de resoluciones judiciales han sido adversas a sus pretensiones, generalmente por cuestiones formales, si bien se observa una ligera mejoría en la interpretación judicial de los derechos indígenas (Cloud y Le Bonniec 2019; Guerra-Schleef y Sánchez 2021; Hervé y Bascur 2019; Durán-Soto 2021a, 2021b; Pacheco 2021). En sentido amplio, ha servido para para una mayor comprensión de la naturaleza y alcance de los derechos indígenas entre las propias comunidades, lo que se ha traducido en una expansión de los derechos invocados en sede jurisdiccional (Cloud y Le Bonniec 2019).

En sede proteccional, el derecho más invocado por los recurrentes indígenas ha sido el derecho a la consulta previa, con frecuencia de la mano de alegaciones a violaciones al derecho a la igualdad ante la ley, al debido proceso y a un medio ambiente libre de contaminación, y en menor medida, los recursos de protección se han fundamentado en eventuales vulneraciones a derechos de propiedad y a la libertad de culto. En lo que concierne al derecho a la consulta previa, los jueces constitucionales por lo general han requerido de un elevado umbral de certeza y significancia de la afectación para admitir la procedencia de la consulta previa, si bien en algunos casos se ha abierto la puerta al estándar de la potencialidad de la afectación para valorar la exigibilidad de la consulta previa. Asimismo, también se ha determinado la imposibilidad de que el término anticipado de un procedimiento de consulta previa pueda fundamentarse en las modificaciones al proyecto presentadas por el proponente que dice eliminar las afectaciones al medio ambiente en su componente humano. Así, los jueces constitucionales han establecido que se requiere recabar la opinión de las comunidades afectadas ante de poner fin a la consulta previa, lo que da cuenta de una concepción de la consulta como diálogo continuo entre las partes (caso del proyecto "Terminal GNL Penco-Lirquén"). Respecto al derecho de propiedad, el principal obstáculo para el litigio indígena ha sido superar el paradigma civilista de los tribunales respecto del concepto "tierras" indígenas con el objetivo de que se incorporen los estándares del Convenio 169 de la OIT en la comprensión de este concepto⁴⁰⁶ y se entienda que los espacios y el hábitat tradicionalmente ocupados o utilizados por los pueblos indígenas forman parte también

⁴⁰⁶ Esta mirada estrecha del concepto "tierras" indígenas ha sido la predominante en la jurisdicción constitucional a la hora de valorar –y consecuentemente denegar– la procedencia de la consulta previa.

del mismo. La mayoría de los pocos casos donde los tribunales han adoptado esta mirada amplia de las “tierras” indígenas dicen relación con los “terrenos” y las aguas de las comunidades indígenas andinas del Norte de Chile, a quienes el art. 64 de la Ley Indígena les reconoce un estatuto especial. Excepcionalmente, en otras ocasiones los jueces constitucionales han reconocido derechos de propiedad en base a la función social de la propiedad ligada a la protección del medio ambiente o al ejercicio de la libertad de culto, constituyéndose como un derecho de acceso a lugares de significación cultural que únicamente limita el derecho de dominio de terceros que tienen la propiedad registral inscrita –ello no comporta que los pueblos indígenas deban renunciar a los mecanismos previstos en la Ley 19.253 para la adquisición de tierras a través de la CONADI.

En sede ambiental, las reclamaciones indígenas han sido menos cuantiosas y muy pocas de ellas han sido acogidas por los Tribunales Ambientales, siendo la mayoría de ellas rechazadas por cuestiones formales como el plazo, la falta de legitimidad activa o no ser la vía recursiva idónea. La mayoría de las reclamaciones indígenas se han motivado por la omisión de la consulta previa o un desarrollo de la misma no conforme a los estándares internacionales, y en menor cantidad, por la indebida consideración de la autoridad ambiental de las observaciones presentadas por las comunidades indígenas en los procesos de participación ciudadana, el no reconocimiento de la susceptibilidad de afectación directa y las falencias metodológicas de los estudios presentados por el proponente del proyecto y los OAECA. En los pocos casos en los que los Tribunales Ambientales entran a valorar el fondo de las reclamaciones, lo hacen para valorar la susceptibilidad de afectación directa que obliga a la realización de la consulta previa. En esta materia, los Tribunales Ambientales han dado continuidad al criterio predominante de interpretación fijado en sede proteccional y han homologado la susceptibilidad de afectación directa que gatilla la consulta previa con la significancia de las cargas ambientales del art. 11 de la LBGMA, lo que supone fijar un estándar más alto que el dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Además, los Tribunales Ambientales han entendido la consulta como una obligación de medio –participación de los pueblos indígenas- y no como una obligación de resultado –protección de derechos de los pueblos indígenas-, lo que ha comportado un desplazamiento de cuestiones sustantivas por

aspectos procedimentales de la consulta en la jurisdicción ambiental (Carmona 2020a, 2020b; Durán-Soto 2021a, 2021b)⁴⁰⁷.

A pesar de las barreras existentes en la jurisdicción ambiental –inseguridad jurídica respecto a los plazos, la legitimidad activa y la vía recursiva apropiada⁴⁰⁸, y el elevado estándar de magnitud y certeza exigido por los Tribunales Ambientales para probar la susceptibilidad de afectación directa-, en algunas ocasiones se observan tímidos avances en la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales con respecto a la protección de los derechos indígenas: en primer lugar, el Tercer Tribunal Ambiental ha aplicado el principio precautorio y ha requerido la solidez de los estudios metodológicos del proponente y de los OAECA para que el SEA pueda evaluar de manera fundada la susceptibilidad de afectación directa de un proyecto, ya que de lo contrario se puede generar un vicio de entidad suficiente que convierta la resolución administrativa en infundada y se justifique la nulidad de la RCA (casos de las CH Mediterráneo y Doña Alicia)⁴⁰⁹; la nulidad de las RCA favorables de PCHS que hayan fraccionado los proyectos para ingresar al SEIA con una DIA y deberán reingresar de nuevo al procedimiento de evaluación ambiental a través de un EIA y considerando ambos proyectos, el originario y su ampliación (caso de la minicentral hidroeléctrica Las Flores);

⁴⁰⁷ Esta aproximación supone una vulneración de los estándares internacionales ya que como alertó el Relator Anaya, aun en casos de falta de acuerdos en el proceso de consulta previa, el Estado está obligado a respetar y proteger los derechos sustantivos de los pueblos indígenas (Observatorio Ciudadano 2018). Además, la tasa de rechazo de los recursos de protección presentados contra el desarrollo de CH es el más elevado de todas las fuentes de energía (Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019).

⁴⁰⁸ Otro factor de inseguridad jurídica dice relación con la posibilidad de impugnar ante los Tribunales Ambientales resoluciones administrativas de recursos jerárquicos o de reposición. Mientras que el Tercer Tribunal Ambiental estima que no tiene competencia para conocer de recursos administrativos ordinarios como el recurso de reposición o el recurso jerárquico, el Segundo Tribunal Ambiental adopta una concepción amplia de los actos administrativos terminales impugnables, y si bien la resolución que resuelve un recurso de reposición y un recurso jerárquico no se ajusta al contenido del art. 41 de la LBPA, se trata de actos trámites que ponen fin al procedimiento de evaluación ambiental y, por tanto, deberían poder ser impugnados en conformidad con el art. 15 de la LBPA. El Segundo Tribunal Ambiental entiende que frente a la resolución administrativa que rechaza o declara inadmisibile una solicitud de invalidación cabe la posibilidad de impugnaciones mediante recursos ordinarios previstos en la LBPA, entre ellos, el recurso de reposición o el recurso jerárquico; en cambio, el Tercer Tribunal Ambiental niega esta posibilidad y solo se reconoce competente para conocer de los recursos de reclamación interpuestos contra la resolución de una solicitud de invalidación (Poklepovic 2017).

⁴⁰⁹ Tanto en el caso de Mediterráneo como en Doña Alicia, las comunidades mapuche alegaron afectaciones significativas del art. 11 de la LBGMA y la procedencia de la consulta previa. No obstante, las dificultades de las comunidades indígenas en reunir las evidencias técnicas para acreditar la afectación directa hicieron que las estrategias de litigio en estos casos se centrasen en atacar la metodología utilizada por el proponente para definir el área de influencia del proyecto y sus cargas ambientales. En ambos casos, a pesar de declarar la nulidad de las RCA por las falencias metodológicas de los estudios del titular del proyecto, el tribunal continuó exigiendo el estándar de afectación significativa para la procedencia de la consulta y no acogió el reclamo de la realización de la consulta previa porque los recurrentes no aportaron estudios alternativos en el caso de Mediterráneo o no aportaron antecedentes concretos que acreditarasen las afectaciones en el caso de Doña Alicia (Carmona 2020b).

la exigencia de que se verifique la verosimilitud de la DIA presentada por el proponente por medio de reuniones previas con grupos humanos indígenas, lo que permite desarrollar el paradigma epistémico de la participación indígena, en el sentido de fortalecer a los pueblos indígenas como agentes de conocimiento y hacer visibles en el procedimiento de evaluación ambiental potenciales afectaciones que permanecerían ocultas bajo la mirada de los ojos occidentales (casos de la minicentral hidroeléctrica Las Flores y el caso de la “Piscicultura de Re-circulación Lago Balmaceda”); por último, en 2021 el Tribunal Ambiental de Antofagasta ha desafiado por primera y única vez en la jurisprudencia ambiental la homologación del D.S. 40 de la susceptibilidad de afectación directa para ordenar la procedencia de la consulta con la significancia de los impactos y ha considerado la susceptibilidad de afectación directa en términos hipotéticos y no de certeza en relación con el literal d) del art. 11 de la LBGMA, de forma que la cercanía a grupos humanos indígenas sería suficiente razón para gatillar la consulta previa (caso del proyecto “Prospección Minera Norte Abierto sector Caspiche”).

Por ende, como señalan Guerra-Schleef y Sánchez o Durán-Soto, a pesar de la reglamentación restrictiva de la consulta previa en Chile⁴¹⁰, en los últimos tiempos las Cortes de Apelaciones y los Tribunales Ambientales, a instancias de recursos de protección y de reclamación presentados por personas indígenas han emitido algunas resoluciones que dan cuenta de una incipiente comprensión judicial respecto de la función epistémica de la consulta previa y de un mejor cumplimiento de los estándares del Convenio 169 (Guerra-Schleef y Sánchez 2021; Durán-Soto 2021a, 2021b). Esta emergente interpretación judicial supone un primer paso hacia una todavía lejana comprensión finalista de la consulta, esto es, la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por medio del diálogo intercultural y la consideración del conocimiento indígena para generar pruebas y hacer visibles impactos diferenciados en los pueblos indígenas que no son evidentes para la cultura dominante con el fin último de adoptar decisiones más garantistas de los derechos indígenas.

⁴¹⁰ En Chile los estándares para configurar la susceptibilidad de afectación directa y admitir la procedencia de la consulta previa son la significancia (magnitud) y certeza (alta probabilidad) de la afectación, que es valorada por el proponente y los órganos sectoriales competentes de la Administración. Bajo estos estándares se anula la doble función epistémica de la consulta previa: garantizar la participación colectiva de los pueblos indígenas como agentes de conocimiento calificados para incorporar elementos de juicio propios en el proceso de formación de la prueba del procedimiento de evaluación ambiental. Desde este paradigma de la consulta previa en el marco del SEIA se han reproducido prácticas coloniales y asimilacionistas que el derecho de participación pretendía remediar (Guerra-Schleef y Sánchez 2021).

En relación al ejercicio de la consulta previa, Guerra-Schleef y Sánchez han observado cierto contraste entre la jurisprudencia en sede proteccional, regida por el reglamento general de consulta previa, y la jurisprudencia en sede ambiental, regida por el reglamento especial de consulta previa y la LBGMA. Mientras en sede proteccional se ha admitido en ocasiones la potencialidad de la afectación a pesar de que el D.S. 66 exige magnitud y certeza de la afectación, en sede ambiental –salvo en el caso “Prospección Minera Norte Abierto sector Caspiche”- se ha requerido una evidencia de afectación directa y significativa que no se desprende del literal d) del art 11 de la LBGMA, lo que hace que la función epistémica de la participación indígena y el diálogo intercultural en el marco del SEIA queden restringidos a la realización de reuniones previas pero no de consulta previa con grupos humanos indígenas (Guerra-Schleef y Sánchez 2021).

En este segundo capítulo se ha presentado la definición del concepto de juridificación de la política indígena, el contexto en el que se desarrolla y sus particularidades así como las diferentes aproximaciones teóricas respecto a los efectos de la juridificación de la política en general y de la política indígena en particular para luego analizar cómo ha operado en la práctica la movilización del Derecho por parte de los pueblos indígenas en Colombia, Perú, Guatemala y Chile, con un foco especial en los conflictos hidroeléctricos y desarrollando los avances y barreras encontrados en la garantía y eficacia de los derechos indígenas. A continuación, en el tercer capítulo, se presentará el trabajo empírico y estudio de casos de la tesis para evaluar desde una dimensión prioritariamente estrecha y en menor medida también amplia los efectos de la juridificación de la política mapuche y los resultados que ha obtenido la invocación del Derecho y la judicialización de los conflictos en el marco de la implementación del Plan 100 Minihidros en la región de La Araucanía. Esta evaluación eminentemente cualitativa es complementada en el Anexo con un estudio más cuantitativo para indagar en algunos objetivos secundarios de la tesis como las correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y los pronunciamientos de los OAECA, las características de las minihidro y la dimensión indígena de las posibles afectaciones suscitadas por las minicentrales hidroeléctricas.

El río que suena, que sueña.
Las aguas tranquilas transparentes viajan hacia el Azul del Gran Océano
Como avecillas gorjean sus piedras, sus laderas
El otoño recién llegado se deja caer sobre los ojos
Mi corazón sediento sueña con las aguas del arroyo
pero mi espíritu perdido no puede callar la angustia de su lecho
(Elicura Chiuailaf 2016)

“La lucha mapuche es una lucha ecológica, es una lucha por la vida y su continuidad, *mapu* es la tierra y todo lo que existe, *che* somos nosotros o personas que la habitamos, entonces somos gente de la tierra cuyo mandato principal es proteger todo aquello que hace posible la existencia basado en una espiritualidad conectada con los elementos naturales” (Belén Curamil, 2019)

“¿por qué valen tanto los mapuches?, por qué crees tú de que entre todos los conquistadores que vinieron a América a pesar del brillo de las civilizaciones creadas por los mayas, los aztecas y los quechua, el único pueblo que tiene un poema épico que lo ensalza como gente muy noble que tiene un alto sentido de la libertad, de la dignidad humana que los demás no tuvieron? ¿Por qué se resistieron tres siglos? En realidad fueron más, resistieron cuatro siglos, para resistir cuatro siglos eso significa que están defendiendo algo que para ellos tiene un valor enorme. Ahora, ¿qué es ese algo que ellos están defendiendo? “*De tres siglos lavaron la afrenta combatiendo en el campo de honor, pregunta ¿que defendían con tanto ahínco? Ahora me di cuenta dije, defendían el paraíso*”, eso defendían [...] en ese paraíso habitaba un tipo de hombre y esa es su más grande creación, crearon un tipo de hombre especial, con una sabiduría especial [...], ¿qué era eso de ellos que ellos consideraban mejor? esta manera de habitar la tierra insertos totalmente en el orden natural creando un tipo especial de hombre que no se dió en ninguna otra parte, la obra más valiosa creada por ellos es que ellos pusieron el énfasis en el hombre y no en las cosas y eso es lo que le impresionó a Alonso Ercilla, por eso es que no se escribió una epopeya como La Araucana en ningún otro país” (Gastón Soublette 2015)

“Corren los ríos rugiendo por valles cordilleranos, llevando vida al hermano la sabia sigue fluyendo los ricos van repartiendo la Madre naturaleza con egoísmo y vileza, sin agua nos han dejado, ¿puede vivir un pescado sin agüita que lo mesa? Quieren meter nuestros ríos adentro de cañerías para generar energías y construir grandes tendidos, los del campo en el olvido vemos con onda tristeza como a la naturaleza saquean de forma entera para llenar la billetera del patrón con su vileza, a las ciudades gigantes, para la gran minería quieren llevar la energía los corruptos gobernantes que nuestra agua no se vende, que la vida se defiende por el que la sepa más que no podrán entubar su cauce fiero y rebelde, y así vemos que año a año las aguas se hacen escasas, la tierra bella se abrasa, como en el fuego el castaño, somos testigos del daño, que a la tierra infringimos, la codicia no medimos si seguimos explotando el hombre se irá acabando con la tierra en que vivimos, por eso gritemos fuerte el agua hay que defender, la tierra hay que proteger, que el territorio despierte, que el empresario deserte y vaya con su estatura a meter a Vitacura sus tubos y sus empresas, aquí amamos la simpleza de las aguas libres puras” (Paz Neira 2017)

CAPÍTULO 3: LOS EFECTOS DE LA MOVILIZACIÓN LEGAL MAPUCHE FRENTE A LA PROLIFERACIÓN DE PROYECTOS MINIHIDRO EN LA REGIÓN DE LA ARAUCANÍA. ESTUDIO DE CASOS.

1. CH DOÑA ALICIA.

1.1. Antecedentes.

1.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

CH de paso en el río Cautín con una potencia de generación neta de 6,3 MW bajo un caudal de diseño de 18,56 m³/s y un salto neto de 38,69 m. La central iba a emplazarse en el km 22 del camino de Curacautín a Malalcahuello y la finalidad del proyecto era la generación de energía eléctrica para nutrir el SIC. Los principales elementos de la central eran una bocatoma con escalera de peces y pasada de embarcaciones, canal y tubería de aducción enterrados, cámara de carga, tubería a presión enterrada, sala de máquinas en falsa caverna y obras de descarga. El proyecto generaba en el sector de la bocatoma un embalsamiento sobre el lecho del río de 1,3 ha, tenía una longitud de 2,9 km y una superficie a intervenir de 11,8 ha.

1.1.2. Tramitación Ambiental del Proyecto y recursos administrativos.

Ya desde el año 2010 algunos sectores de la comuna de Curacautín conocían de la existencia de una cartera de 17 proyectos hidroeléctricos desde el origen del río Cautín en la cordillera hasta cerca de Lautaro -no son más de 40 km- y de alguna manera se mantenían alerta para no dejar que esos proyectos pudieran hacerse realidad algún día. La premisa de la oposición ciudadana al proyecto era dejamos pasar una central y llegan todas (Medina 2017; Jofré 2017), así que gran parte de los actores sociales de Curacautín se movilizaron para hacer una defensa conjunta del territorio (Jofré 2017; Muñoz 2017). Cuando el proyecto ingresa el 7 de julio de 2013 al SEIA mediante una DIA, parte de la población local, principalmente operadores turísticos, ambientalistas, juntas de vecinos y comunidades indígenas, ya habían tenido un tiempo para pensar la manera en que podrían oponerse a las intenciones del Ministerio de Energía de transformar el modelo de desarrollo de Curacautín, fundamentado en el turismo sostenible, para convertirlo en un

polo de generación de electricidad (Jofré 2017; Medina 2017). Esta es una de las particularidades de la oposición al proyecto de la minicentral hidroeléctrica Doña Alicia que la distinguía de la oposición a muchos otros proyectos de la región: la existencia de un trabajo organizado y coordinado –no juntos pero sí de apoyo mutuo- entre la sociedad civil y las comunidades indígenas con el fin de generar sinergias y lograr el objetivo común de detener el proyecto (Royo 2017; Neculqueo 2020; Jofré 2017; Jaccard 2017)⁴¹¹. Se tienen documentadas más de 130 acciones en la defensa del río Cautín en el contexto de la oposición al proyecto Doña Alicia, entre las cuales se cuentan 3 marchas que atravesaron el pueblo mancomunadamente, actividades culturales, ceremonias mapuche en el río a las que se invitó a personas del movimiento ambientalista y de la sociedad civil (Royo 2017), comunicados de prensa y pasadas por la radio, entrevistas, reportajes en la televisión regional y también nacional –teniendo que pagar desde el movimiento ciudadano para tener esta difusión mediática a escala nacional- (Jofré 2017); fuerte *lobby* a todos los niveles del poder político: acuden a las autoridades locales y les presentan los riesgos y afectaciones del proyecto y consiguen que el alcalde y los concejales adopten una resolución posicionándose en contra del proyecto hidroeléctrico (Jofré 2017); reuniones con las autoridades regionales de los servicios públicos, para hacerles ver las falencias que tenía el proyecto (Jofré 2017; Medina 2017) y una carta abierta a las SEREMIS y Directores de Servicios Públicos con fecha de 11 de febrero de 2015, firmada por todos estos grupos opositores al proyecto, incluidas las comunidades mapuche Benancio Huenchupán, Pancho Curamil y Quilape López, mediante la cual denuncian que el proyecto vulnera la protección del alto valor socio ambiental del territorio y es incapaz de garantizar la paz social, la cultura y el desarrollo sustentable del mismo

⁴¹¹ El caso de Doña Alicia ha sido uno de los pocos conflictos etnoambientales donde esta cooperación se ha producido (Royo 2017) ya que se trata de actores sociales (empresarios turísticos, juntas de vecinos, organizaciones ambientalistas, municipio, pueblos indígenas) que habitualmente están en luchas distintas pero que en este caso terminan confluyendo en un objetivo común (Jaccard 2017). En opinión de Jaccard es una de las variables que explican el éxito que tuvo la movilización legal en la defensa del río Cautín (Jaccard 2017). Jofré entiende que fueron tres las claves para el éxito de la movilización legal: en primer lugar, que el proyecto llega en un momento en que la ciudadanía está a la expectativa, organizada y repensando el modelo de desarrollo que quieren para la comuna; que nunca hasta la fecha han perdido el foco que es la protección de las aguas del río Cautín; y que ha sido un proceso muy democrático e inclusivo (Jofré 2017), lo que no quiere decir que no se hayan presentado dificultades en el camino como la gestión de las tensiones en momentos de máxima presión y adversidad, cosa que sucede especialmente con la resolución del Comité de Ministros que aprobaba el proyecto, en donde emergen diferencias entre sectores mapuche y los vecinos respecto de la mejor estrategia a seguir, algunos partidarios de una confrontación más directa y otros defensores del diálogo y de continuar por la vía judicial; la compra de voluntades de la empresa en una zona donde muchos habitantes están afectados por la pobreza y la urgencia de una mirada cortoplacista, la cuestión comunicacional para poder llegar a los habitantes de las zonas rurales más apartadas que no tienen acceso a Internet o no saben manejarse con las redes sociales, y la ignorancia de muchos conciudadanos respecto a los costos y beneficios del proyecto (Jofré 2017).

(Mapuexpress 2015a); conversaciones con los diputados; y cortes de carreteras realizadas por miembros de las comunidades mapuche pocos días antes de la votación en marzo de 2015, donde fueron detenidos los comuneros Juan López, Juan Huenuhueque y Alberto Curamil (Ñuke Mapu. Centro de Documentación Mapuche 2015b).

El Director Regional del SEA puso término anticipado a la evaluación ambiental del proyecto al considerar que el proyecto debía ingresar al SEIA como EIA debido a que generaba una afectación significativa, en términos de magnitud y duración del valor paisajístico y turístico del sector, considerando que en el área de influencia del proyecto existen actividades, servicios y emprendimientos turísticos tales como cabalgatas, *trekking*, *mountain bike*, navegación, fotografía, contemplación, pesca recreativa, entre otros, todos ellos asociados a un alto valor paisajístico del sector según lo dispuesto en el literal b) y c) del art. 10 del RSEIA y que serían afectados significativamente por la habilitación de una barrera fija de captación, pérdida de conectividad hidráulica entre aguas arriba y aguas abajo, disminución del caudal presente en época de estiaje o verano entre la captación y restitución y la interrupción del camino alternativo Manzanar-Malalcahuello⁴¹².

Posteriormente, el 16 de septiembre de 2013 el proyecto vuelve a ingresar al SEIA mediante un EIA, pero de nuevo la COEVA de la región de La Araucanía pone término anticipado a la evaluación del proyecto, esta vez porque el instrumento de ingreso no cumplía con los requisitos formales señalados en el art. 12 del RSEIA, al no incorporar una descripción pormenorizada de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA que dan origen a la necesidad de efectuar un EIA; no incorporar medidas de prevención de riesgos y de control de accidentes en el Plan de Riesgos, Emergencias y Contingencias; no clarificar si hubo consultas y/o encuentros previos con organizaciones ciudadanas o con personas directamente afectadas; no incorporar el listado de nombres de las personas que participaron en la elaboración del EIA, incluyendo sus profesiones e indicando las funciones y tareas específicas que desarrollaron; y no

⁴¹² Director Regional del SEA, *Res. Ex. N° 150*, de 15 de julio de 2013. La Ilustre Municipalidad de Curautín observó al SEA que el proyecto no era compatible con el Plan de Desarrollo Comunal (PLADECO) y el Plan de Desarrollo Turístico (PLADETUR), cuya principal fortaleza reside en las condiciones naturales del hábitat, el paisaje y en la presencia de elementos de tipo natural y cultural susceptibles de ser incorporados a la oferta turística, señalando, además, que la comuna se encuentra rodeada de áreas silvestres protegidas y es parte de la Reserva de la Biosfera Araucarias (Of. Ord. N° 1398, de 28 de junio de 2013).

indicar si se habían establecido, antes del proceso de evaluación, negociaciones con los interesados con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental⁴¹³.

Finalmente, el proyecto ingresa al SEIA el 9 de octubre de 2013 y esta vez sí es admitido y sometido al procedimiento de evaluación ambiental. Los diferentes sectores opositores al proyecto –operadores turísticos, ambientalistas, alcalde de Curacautín y comunidades indígenas- presentaron sus observaciones en el proceso de participación ciudadana de la evaluación ambiental del proyecto. Las 4 comunidades indígenas más cercanas al proyecto presentaron una carta conjunta en donde exponían las razones por las cuales se oponían al proyecto. Denunciaban que nadie se había acercado a conocer su parecer pese a ser directamente afectados y que estos proyectos hidroeléctricos provocaban la fragmentación de los ríos y como consecuencia la alteración de todo lo que vive en su entorno a lo largo y ancho de su recorrido, de manera que entendían que este proyecto suponía el principio del fin de los recursos esenciales para la vida: el agua (*Co*), la tierra (*mapu*) y de todo lo que depende de ellas: el bosque, los animales, el hombre, la vida. Denuncian, además, que con estas agresiones a la Madre Tierra y los recursos naturales, los *ngen* (espíritus) abandonarían el río y sus espacios aledaños, ellos se quedarían sin su *nehuen* (fuerza), desaparecería también su *lawen* (hierbas y plantas medicinales sagradas) y que, en definitiva, ellos no podrían continuar con sus modos y sistemas de vida consuetudinarios⁴¹⁴. Según representantes del SEA, a pesar de realizar una inspección pormenorizada sobre el terreno de cuatro meses, nunca antes de esta carta presentada por las comunidades indígenas habían tenido constancia y nadie les había informado de que en el área de influencia de proyecto pudiera haber algún atisbo de afectación a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas o a su patrimonio cultural (Medina 2017)⁴¹⁵. Incluso la propia CONADI, responsable de identificar las posibles afectaciones a comunidades o población indígena, se pronunció a favor del proyecto debido a que consideraba que la central Doña Alicia no iba a generar

⁴¹³ Director Regional del SEA, Res. Ex. n° 209, de 24 de Septiembre de 2013.

⁴¹⁴ Carta firmada por los *lonkos* José Luis Regle Calhueque (Comunidad Cano Antinao), José Luis Araneda Necumán (Comunidad Benancio Huenchupán), Juan Ramón López López (Comunidad Quilapé López) y Juan Antonio Hunuhueque Cheuquepán (Comunidad Liempi Colipi), de 3 de enero de 2014.

⁴¹⁵ Medina explica que: “*preguntamos a todo el mundo, nunca nadie nos dijo que allí en algún momento había un sitio de significación cultural mapuche, nunca tuvimos algún atisbo, alguna señal, o alguien jamás nos dijo que allí pudo haber habido algún algo vinculado al mundo mapuche, no lo dijo CONADI, que es la encargada del mundo indígena, no lo dijo el municipio, que es la entidad pública, las organizaciones en su momento cuando fuimos con ellos, las organizaciones turísticas y ambientales tampoco lo dijeron, entonces para nosotros estaba claro que no había nada*” (Medina 2017). Es más, enfatiza que durante su inspección en terreno, algunos actores le preguntaron literalmente: “¿no habrá alguna comunidad indígena por aquí?” (Medina 2017).

afectaciones significativas a las comunidades indígenas de Curacautín (Múñoz 2017). Estos representantes de la institucionalidad chilena –SEA y CONADI– sostenían que el hecho de que la comunidad más cercana se ubicara a 13 kms de la central permitía sostener que no había afectación indígena⁴¹⁶, lo que en opinión de la letrada que representaba a la comunidad Benancio Huenchupán constituía una concepción muy restringida de la territorialidad indígena (Royo 2017). Estas miradas confrontadas respecto de la delimitación de la territorialidad mapuche es uno de los elementos centrales del caso y que terminará “resolviéndose” en sede judicial: por un lado, argumentos representativos de los funcionarios públicos son las palabras del encargado de medio ambiente de la CONADI “¿cuál es el límite de la territorialidad?, ¿son 12 kms?, ¿son 2 kms?, ¿son 4 kms?, ¿es toda la región? que ese es un aspecto que hoy día tampoco está definido” y prosigue que “a 12 kms desde mi punto de vista cuando se hizo la evaluación estaba más allá del límite territorial de influencia de las comunidades” (Muñoz 2017) y del responsable de participación ciudadana del SEA “para nosotros el área de influencia estaba circunscrita a los predios donde se emplazaba el proyecto ¿ya? y no estaba ni a tres kms aguas arriba, ni a [...] 7-8 kms aguas abajo” y si bien reconoce que “quizás la visión que uno también tiene todavía no alcance a comprender otras escalas de territorio”, también advierte que los reclamos mapuche de territorialidad alcanzan unas escalas que son difíciles de asumir por parte de la Administración del Estado ya que se oponen a la construcción de cualquier proyecto hidroeléctrico en la cuenca del Cautín y que en caso de existir un “proyecto en Puerto Saavedra no se me ocurriría en un primer momento ir a hacer averiguaciones a Curacautín” (Medina 2017)⁴¹⁷; por el otro, la mirada mapuche, que entiende que “ese espacio donde se quería instalar la CH es un espacio natural de mucho nehuén, de mucha fuerza, un espacio más bien espiritual” (Neculqueo 2020) y que once Kms es muy poco (Royo 2017).

⁴¹⁶ Otros actores refieren que en realidad la comunidad mapuche más cercana se encuentra a 11 Kms (Royo 2017; Jofré 2017).

⁴¹⁷ Opinión compartida por el portavoz de la CONADI que se pregunta en relación a las observaciones mapuche incorporadas en el proceso de participación ciudadana: “¿cómo uno se hace cargo en una evaluación de una carta de ese tema (definiéndola como una carta a la Tierra)?; ¿cómo lo trata de meter en la legislación cuando es tan amplio?; “¿cuál es la territorialidad de una determinada comunidad? te va a decir todo porque yo en mis rogativas yo invoco al volcán Llaima, invoco al volcán Tolhuaca y estoy a 30-40-50 kms de eso, [...] porque efectivamente hay comunidades que dicen toda la región es territorio ancestral, desde esa lógica no se podría hacer nada acá sin consulta” y concluye que en ocasiones ni la propia comunidad sabe cuál es el límite de su territorialidad (Múñoz 2017). En este sentido, desde el SEA se muestran críticos con que la legislación ambiental permita que cualquier ciudadano pueda presentar una observación en el proceso de participación ciudadana, independientemente de la distancia de la que se encuentre respecto de un proyecto y que además dicha observación pueda ser la causa de un rechazo del proyecto en caso de no recibir una respuesta fundada por parte del SEA y los OAECA (Medina 2017).

Finalmente, el 6 de abril de 2015, y a pesar de que el ICE descartaba la afectación a población indígena, la COEVA de la Araucanía rechaza el proyecto mediante la Res. Ex. n° 79/2015 en una tensa votación que tuvo lugar en Temuco y que contó con la asistencia de representantes de los movimientos opositores⁴¹⁸. Ocho SEREMIS rechazaron el proyecto por no hacerse cargo de la magnitud y duración de las afectaciones del proyecto respecto del valor paisajístico y turístico de la zona, ya sea por obstaculización de la visibilidad, alteración de los recursos o elementos del medio ambiente u obstrucción del acceso a los mismos, así como por su contraposición a los PLADECO existentes (Silva 2017); solo se obtuvieron 3 votos a favor de la aprobación del proyecto, entre ellos, el de la CONADI, que a través de la SEREMI de Desarrollo Social realizó un controvertido e infundado pronunciamiento conforme que fue respondido por parte del Intendente regional Huenchumilla reconociendo la necesidad “de meterle mano” a esa institución por su falta de competencia (Muñoz 2017)⁴¹⁹.

En respuesta a la resolución de la COEVA, el 26 de mayo de 2015 el titular del proyecto presentó una reclamación administrativa y el Comité de Ministros decidió revocar la Res. Ex. n° 79/2015 y calificar favorablemente el proyecto “CH Doña Alicia” al considerar que cumplía con la normativa de carácter ambiental aplicable y que había adoptado las medidas adecuadas para hacerse cargo de los efectos, características y circunstancias establecidas en el art. 11, letra e) de la LBGMA y que dicen relación con el art. 10 literales a), b) y c) del D.S. n° 95/01⁴²⁰.

⁴¹⁸ Desde la CONADI se destaca que en el 95% de los casos la decisión de la COEVA guarda relación con el ICE, pero que excepcionalmente el voto de las SEREMIS responde a razones y presiones políticas ya que se “*da justamente este pequeño saldito de proyectos que son muy resistidos en el territorio, y que tienen movimientos ciudadanos de oposición detrás muy fuertes, donde la lectura que yo creo que hace la COEVA es yo quedo bien, total esto tiene otra vuelta y que otros se quemen pero yo quedé [bien] con la gente que fue a hablar conmigo y llevé y expresé mi voto en relación al sentir ciudadano, más que en relación al voto técnico o a la opinión técnica que pueda haber tenido el Servicio*” (Muñoz 2017).

⁴¹⁹ El representante de la CONADI sigue manteniendo que no había afectación significativa a las comunidades indígenas pero reconocía que fue un error que el pronunciamiento conforme de la CONADI careciera de sustentación (Muñoz 2017). En este sentido, afirmaba que “*afectaciones desde el punto de vista de la cosmovisión yo no visualicé, principalmente por un tema de distancia y de análisis respecto de hacia donde se llevan los flujos, de la movilidad de las comunidades, los sitios de significación cultural y todo eso eh*” e insiste que “*no hay, si uno revisa el expediente de evaluación ambiental de punta a cabo, no aparece un impacto concreto así que diga sí, a esta comunidad se le va a provocar impacto, se le va a cortar el camino, se le va a enturbiar el agua, se le va a destruir la vegetación nativa que está ahí, no aparece, ¿por qué? porque están a doce kms las comunidades [...] allá su movilidad, la movilidad es más bien norte sur y el río viene este-oeste*” (Muñoz 2017).

⁴²⁰ Acuerdo N° 17/2015 del Comité de Ministros, adoptado en sesión extraordinaria N° 5, de 14 de diciembre de 2015 y ejecutado por el Director Ejecutivo del SEA mediante la Res. Ex. n° 0322, de 28 de marzo de 2016 para acoger el recurso de reclamación del titular del proyecto. La decisión del Comité de Ministros no se explica por razones de carácter técnico sino por motivaciones políticas a escala nacional

1.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

En respuesta a esta decisión, en mayo de 2016 la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán y los vecinos de Curacautín presentaron sus respectivos recursos de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental⁴²¹.

1.2.1. Alegaciones de los reclamantes mapuche ante el Tercer Tribunal Ambiental.

En el recurso presentado el 9 de mayo de 2016, la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán alega que la Res. Ex. n° 0322 de 28 de marzo de 2016 del Director Ejecutivo del SEA vulneraba su derecho a la igualdad ante la ley por haberse aprobado el proyecto de manera inconsulta (art. 19.2 CP), su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19.6 CP), su libertad de culto (art. 19.8 CP), las disposiciones del Convenio 169 de la OIT en relación a la consulta previa, los arts. 8 y 41 de la LBPA y el art. 29 de la LBGMA, por ponerse fin al procedimiento administrativo sin que el Comité de Ministros hubiera considerado debidamente ni respondido fundadamente a las

(Jofré 2017; Larraín y Schaeffer 2016) ya que el fomento de las minihidro en el sur de Chile era uno de los pilares de la agenda energética del Gobierno central.

⁴²¹ Anteriormente, el 27 de abril de 2016, la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán, interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra del SEA y de su Director Ejecutivo, con motivo de la Res. Ex. N° 322. Dicha Corte se declaró incompetente para conocer el recurso de protección en razón del territorio, y remitió los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Temuco, la cual se declaró asimismo incompetente para conocer el recurso de protección en razón de la materia, considerando que la impugnación de la decisión del Comité de Ministros no debe abordarse desde la tutela de derechos constitucionales, sino que desde una reclamación de ilegalidad del art. 17 N° 6 de la LTA y remitió los antecedentes al Tercer Tribunal Ambiental (Tercer Tribunal Ambiental, Rol-37-2016). Posteriormente, de nuevo la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán interpuso un recurso de protección contra la decisión del Consejo de Ministros y la Res. Ex. n° 0322 del Director Ejecutivo del SEA (Royo 2017) alegando la vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley por omisión de la consulta, previa, libre e informada (art. 19.2 CP) y de la libertad de culto (art. 19.6 CP) al desconocerse el carácter indígena del territorio y la especial relación de la comunidad con el río. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección debido a que el acto que había motivado la interposición de la acción ya había sido sometido al conocimiento del Tercer Tribunal Ambiental, el cual había resuelto el conflicto y alzándose una de las partes contra su resolución el conocimiento del mismo se encontraba por ese entonces en la Corte Suprema, razón por la que la Corte de Apelaciones no podía adoptar ninguna medida para restablecer el derecho (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 32481-2016, de 27 de abril de 2017). Por su parte, los operadores turísticos y el movimiento ambientalista interpusieron su propio recurso de reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental, reivindicando que las medidas de mitigación del proponente eran insuficientes y la necesidad de que se respetaran los instrumentos de planificación territorial y los PLADECO (Silva 2017). Además, el movimiento ciudadano opositor de Curacautín logró que se creara una comisión investigadora en el Parlamento para estudiar el caso de Doña Alicia e identificar donde estaban las irregularidades que había cometido el SEIA y cuáles eran los puntos no resueltos que una futura reforma legislativa debería contemplar. Una de las sesiones de esta comisión investigadora tuvo lugar en Curacautín y se realizaron 12 presentaciones: de la Cámara de Turismo, de la Unión Comunal de Vecinos, de las comunidades indígenas, de las agrupaciones ambientalistas, de las agrupaciones culturales, de manera que hubo una representación muy amplia y transversal y finalmente la Comisión concluyó que se habían producido irregularidades durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto y que la participación ciudadana había sido deficiente, retrasada en los plazos y que no hubo equidad para la ciudadanía, ya que en definitiva, la evaluación de impacto ambiental no había dado las garantías necesarias para la participación ciudadana y la protección del medio ambiente (Jofré 2017).

observaciones presentadas por la comunidad mapuche, y el art. 8 de la LBGMA por la incompatibilidad territorial del proyecto y no haber considerado las políticas y planes evaluados estratégicamente (arts. 29 y 18 letra d) [SIC] de la LBGMA)⁴²². Consecuentemente, la vía recursiva empleada por la comunidad mapuche fue la del art. 17.6 de la LTA que se sustenta en la no consideración de las observaciones ciudadanas durante el procedimiento de evaluación ambiental.

Para fundamentar estos reclamos, la abogada Manuela Royo decidió valerse de dos peritajes como medios de prueba para crear convencimiento al tribunal, en concreto, del peritaje antropológico titulado “*Evaluación antropológica del impacto del proyecto Central de Paso Doña Alicia en comunidades mapuche de Curacautín*”, realizado por la Sra. Ana Cortez Salas y el Sr. Miguel Melin Pehuen, y de un peritaje geográfico denominado “*Análisis de los impactos territoriales del proyecto Central Hidroeléctrica de Paso Doña Alicia*”, realizado por el Sr. Pablo Mansilla Quiñones. Con estos estudios se pretendía poner de relieve las falencias del estudio antropológico presentado por el titular y dar cuenta de las diferentes afectaciones sobre el territorio y la cultura y espiritualidad mapuche, evidenciando asimismo que la delimitación del área de influencia del proyecto no consideraba las interacciones espaciales mapuche en el territorio. Parte de la estrategia jurídica de la abogada se fundamentaba en lo ya referenciado *supra* por Sieder 2020a, 2020b en el sentido de que más allá de que los peritajes sean eficaces o no como medio de prueba para que se reconozcan las alegaciones indígenas en sede jurisdiccional, sirven también para expandir los márgenes habituales en los que se mueve el debate jurídico, erosionar las fronteras del derecho hegemónico fundamentado en una concepción utilitarista de la naturaleza y hacerle conocer a los jueces otras formas de relacionarse con la naturaleza desde una dimensión de la cultura y espiritualidad indígena y otras formas de definir la territorialidad indígena más allá de la contemplada por el derecho civil. De esta manera, los peritajes constituyen una herramienta para avanzar en el ejercicio de la justicia intercultural ya que no puede pedirse o exigirse a un tribunal un cambio de paradigma en sus resoluciones desde el desconocimiento de la otredad (Royo 2017).

⁴²² De esta manera, los recurrentes desafían los discursos del ministro de energía Pacheco-Matte respecto a la sustentabilidad del Plan 100 Minihidros y la supuesta planificación energética consensuada con los territorios y no impuesta desde despachos santiaguinos.

La reclamación mapuche contra la Res. Ex. N° 0322 del Director Ejecutivo del SEA se fundamenta en los siguientes elementos:

En primer lugar, el desconocimiento del carácter indígena del territorio donde se emplaza el proyecto que se deriva del uso y ocupación ancestral del mismo para actividades como veranadas y pastoreo de animales, recolección de *lawen* o medicina tradicional y realización de ceremonias como el *nguillatun* y el *we xipantu* y que se refleja también en la toponimia de origen mapuche de sus espacios: Curacautín (Piedra Cortada) procede del mapuzugun *Kura*-piedra y *kaxun*-cortante, que corta, cortada; Malalcahuello, (*Malalkawellu* en mapuzugun), que significa cerco, corral, espacio para caballos y que se vincula con un lugar de tránsito permanente de las personas mapuche entre el *puelmapu* y el *wayzufmapu* o cordillera y la zona de piñoneos y veranadas de traslado de animales en ciertas estaciones del año, práctica que continúa realizándose en la actualidad (Cortez-Salas y Melín 2014).

En segundo lugar, el desconocimiento del vínculo de las comunidades mapuche de Curacautín con el río Cautín y de la afectación a lugares de significación cultural y de prácticas culturales, sociales y económicas, como por ejemplo, la existencia de un *eltun* o cementerio mapuche a 9 kms de donde se instala la CH, tres senderos y *gilawe* (“vado” o “paso”) por donde se cruza el río durante las veraneadas, práctica ancestral de transhumancia desarrollada por las comunidades mapuche entre los meses de diciembre y abril para llevar sus animales a las zonas altas de la cordillera en busca de pasto y agua; la intervención del río en la cosmovisión mapuche provocaría la huida de los *ngen* o dueños de la naturaleza que protegen todas las formas de vida que cohabitan en el territorio y comportaría enfermedad y muerte para las comunidades mapuche y la imposibilidad de invocarlos en las ceremonias como el *nguillatun* o el *llelipun* (rogativa mapuche) (Cortez-Salas y Melín 2014; Mansilla-Quñones 2016).

En tercer lugar, la indebida consideración de las observaciones mapuche por parte del Comité de Ministros, el cual no solo debe pronunciarse respecto a la legalidad de la RCA sino que también puede revisar aspectos de mérito, si bien esta discrecionalidad tiene como limitaciones que no se vulneren los DF de los ciudadanos garantizados por la constitución.

En este sentido, el recurso de reclamación mapuche entiende que el Comité de Ministros ha incurrido en una ilegalidad al validar un proceso de participación ciudadana

que no cumple con los estándares de la consulta previa del Convenio 169 de la OIT y que amenaza diferentes garantías constitucionales de las comunidades mapuche como son el derecho a la libertad de culto, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la igualdad ante la ley.

En lo que concierne al derecho a la libertad de culto, los recurrentes mapuche sostienen que la intervención del río y las afectaciones a los *ngen*, al *lawen* y al *kurantu* (piedras filosas que se usan en los rituales) impiden el normal desarrollo de sus prácticas religiosas y espirituales que se fundamentan en la vinculación de la naturaleza con los antepasados y los espíritus de la naturaleza. Así las comunidades realizan rogativas al río de manera regular para pedir su fuerza y energía en las actividades diarias, para solicitar que llueva mediante rituales en donde algunos animales cruzan su cauce, y también se lleva a los niños con dificultades de aprendizaje para que el sonido del río y sus *ngen* les ayuden a superar esas dificultades (Cortez-Salas y Melín 2014).

En lo que concierne al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la intervención del río Cautín supone una vulneración de este derecho en diferentes dimensiones: por un lado, los impactos sobre los espacios donde habitan los *ngen* suponen una vulneración del derecho al medio ambiente en su componente sociocultural; por otro lado, la tala de árboles nativos y la pérdida de vegetación nativa - de manera directa al ser removida para la construcción de la central, y de manera indirecta como resultado de la disminución del caudal hídrico- comportan graves afectaciones ambientales ya que este sector es uno de los últimos reductos de vegetación nativa que todavía subsisten y constituyen la medicina tradicional que recolectan las *machi* o *lawentuchefe* para aplicar la medicina tradicional y sumergir a la persona en el río para limpiar cuerpo y espíritu de malas energías o la causa de la enfermedad. Las comunidades mapuche identifican varios *menokos* en la zona afectada por la construcción de la central en donde abunda el *lawen*, ya sean plantas como el chelun, limpia plata, berro, perilla, menta negra, menta blanca, frutilla, nalca, yerba y vaca; arbustos como el corcolén, traiga, canelo, foye, pitra, matico, weya y zew, y árboles como el radial, tepa, laurel, triaga, triwe, maqui y maitén. *Machis* de los valles bajos de la región e incluso del Bio Bio vienen a estos *menokos* en busca de estos remedios y su afectación como consecuencia de la construcción de la represa supone también vulnerar la integridad física y psíquica, la calidad de vida y la protección de los sistemas de salud como ya reconoció la propia Corte Suprema en la causa Rol 1773-2008. De esta manera, la construcción de la CH

comportaría una alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos indígenas (art. 7 del RSEIA), ya que supone la intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo –el agua del río es lo que permite a las comunidades desarrollar una horticultura y ganadería de subsistencia- o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural; la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento; y la dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo (Mansilla-Quñones 2016; Cortez-Salas y Melín 2014).

En lo que concierne al derecho a la igualdad ante la ley, la no realización de la consulta previa para recabar la opinión de las comunidades mapuche respecto de la intervención del territorio ancestral y el medio ambiente propio obstaculiza la materialización del DF a participar en igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible (art. 19.2 de la CP) y abre la puerta a una valoración unilateral de los efectos del proyecto.

Finalmente, la comunidad Benancio Huenchupán solicita al Tribunal Ambiental i) dejar sin efecto la RCA favorable al proyecto por la indebida consideración de las observaciones presentadas y la vulneración de los derechos a la libertad de culto, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a la igualdad ante la ley; y ii) suspender inmediatamente este acto administrativo ante la inminente afectación o amenaza a derechos constitucionalmente protegidos.

1.2.2. Alegaciones de la autoridad ambiental.

El SEA argumentaba que el Tercer Tribunal Ambiental no tenía competencia para conocer la causa y que los reclamantes carecían de legitimidad activa porque no se había agotado la vía administrativa; que la falta de agotamiento de la vía administrativa por parte de los reclamantes, le habría generado indefensión debido a que se pretende que el tribunal se pronuncie sobre materias que no fueron puestas en conocimiento del reclamado; que deberían haber utilizado la acción residual del art. 17.8 de la LTA ya que carecen de legitimidad activa para hacer valer la acción del art. 17.6 de la LTA; que no procedía la consulta previa con las comunidades mapuche; que no cabía reprobación

contra el Comité de Ministros por no considerar las observaciones ciudadanas en su decisión ya que solo estaba conociendo de las alegaciones presentadas por el proponente del proyecto; que no existe afectación sobre las comunidades indígenas ya que las comunidades más cercanas se encuentran a 13 kms aguas abajo de la central, porque desde el sitio histórico conocido como Piedra Cortada no es visible la CH, porque el proyecto no se emplaza en una Área de Desarrollo Indígena o tierras indígenas, porque las comunidades no aportan durante la evaluación ambiental antecedentes que demuestren afectaciones concretas y significativas, y porque el Of. N° 634/2013 de la CONADI había reconocido que no se produce afectación directa sobre las comunidades; y que el Comité de Ministros se hizo cargo de las inquietudes de las comunidades mapuche al señalar que éstas ya habían sido debidamente consideradas y respondidas en la RCA N° 79/2015, donde se concluyó que el proyecto no se emplazaba ni se localizaba próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados.

1.2.3. Resolución del Tercer Tribunal Ambiental.

En cuanto a las alegaciones del SEA, todas ellas fueron rechazadas por el Tercer Tribunal Ambiental:

i) Respecto de la falta de legitimidad activa para utilizar la vía recursiva del art. 17.6 de la LTA, que supedita el reclamo del art. 29 de la LBGMA a lo establecido en el art. 20 del mismo cuerpo legal, el Tribunal argumenta que no debe interpretarse esta remisión de manera estrecha a efectos de excluir la posibilidad de reclamar contra la decisión del Comité de Ministros a quienes presentaron observaciones en el proceso de participación ciudadana y fueron victoriosos en primera instancia. Es por ello que considera abierta esta vía recursiva para los reclamantes y rechaza consecuentemente la falta de agotamiento de la vía administrativa solicitada por el reclamado debido a que no puede exigirse el agotamiento de la vía administrativa a aquel a quien la resolución de la autoridad ambiental le ha sido originariamente favorable en la COEVA. En definitiva, el Tercer Tribunal Ambiental sostiene que solo cabe una interpretación armónica y no literal de las disposiciones de los arts. 20 y 29 de la LBGMA para evitar la indefensión de los interesados involucrados en el procedimiento de evaluación ambiental y resguardar el principio de participación consagrado en la LBGMA, de forma que lo relevante para el agotamiento de la vía administrativa es que los recursos administrativos hayan sido interpuestos independientemente del actor que los hubiera interpuesto. Por consiguiente,

el Tercer Tribunal Ambiental considera que se dan por cumplidos los requerimientos del art. 17.6 de la LTA ya que los reclamantes habían tomado parte en el proceso de participación ciudadana y sus observaciones no fueron debidamente consideradas en la resolución de la autoridad ambiental.

ii) Respecto a la indefensión, el Tercer Tribunal Ambiental observa que no se produce vulneración de la legítima defensa del SEA toda vez que no puede alegar desconocer las observaciones ciudadanas presentadas en el procedimiento de evaluación ambiental ya que presentó sus fundamentos para recurrir el acto administrativo y oponer alegaciones y defensas que están siendo valoradas por el Tribunal Ambiental.

iii) El Tercer Tribunal Ambiental reconoce que debe hacerse uso del recurso especial antes que del residual cuando existe la posibilidad y que en la causa los reclamantes disponen de esta posibilidad por haber presentado observaciones ciudadanas en la evaluación ambiental del proyecto.

A pesar de ser la primera vez que la abogada Manuela Royo presentaba un recurso de reclamación en la jurisdicción ambiental y que no tenía muchas expectativas de ganar el caso (Royo 2017), el recurso fue parcialmente acogido debido a que las falencias metodológicas del estudio antropológico presentado por el EIA del proponente no permitían descartar la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades indígenas como consecuencia del desarrollo del proyecto hidroeléctrico. De alguna manera, lo que hace el Tercer Tribunal Ambiental es acoger la reclamación de la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán de rechazar el proyecto Doña Alicia (Royo 2017) si bien no en base a las fundamentaciones de los reclamos mapuche.

El control judicial del Tribunal Ambiental se centra en valorar si la respuesta del Comité de Ministros a las observaciones ciudadanas ha sido suficientemente motivada. Por un lado, el tribunal considera que el pronunciamiento de la CONADI es infundado debido a que se limita a emitir su conformidad con el EIA sin aportar antecedentes ni explicitar las razones que le llevaron a alcanzar su conclusión. Por otro lado, en lo relativo al estudio antropológico presentado por el titular del proyecto, el tribunal indica que únicamente ha tomado en consideración la alteración de sitios antropológicos (letra f) del art. 11 de la LBGMA) para valorar la susceptibilidad de afectación directa de las comunidades mapuche de la zona, omitiendo valorar la alteración de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas (letra c) del art. 11 de la LBGMA) y la

ubicación próxima a población protegida (letra d) del art. 11 de la LBGMA). Además, el Tribunal Ambiental destaca las falencias metodológicas del informe antropológico realizado por el proponente, al cual cataloga de precario y poco riguroso ya que se fundamentó en una sola inspección visual, una sola entrevista, a una sola persona, que no pertenecía a etnia mapuche y que presentaba conflictos de interés, la cual afirma desconocer la existencia de lugares de significación cultural (lo que no comporta que efectivamente estos no puedan existir). El Tribunal Ambiental concluye que las falencias del informe antropológico del proponente le impiden pronunciarse con una resolución judicial que de manera fundada, racional e inequívoca pueda afirmar que no se producirán los efectos adversos de las letras c) y d) del art. 11 de la LBGMA. En sentido opuesto, no obstante, el Tribunal también observa que los antecedentes presentados por los reclamantes mapuche presentaban algunas falencias que no permitían acreditar la evidencia de afectación directa y significativa. En concreto, señala que el informe antropológico no explica cómo se construye el vínculo de confianza con la comunidad de manera previa a la entrevista y contiene una pregunta dirigida, y además critica que ninguno de los dos informes aportados presente citas de las expresiones de los entrevistados ni refleje de qué manera las respuestas de los miembros de la comunidad dan pie a las conclusiones presentadas.

Finalmente, el Tercer Tribunal Ambiental resuelve acoger parcialmente la solicitud de la comunidad mapuche ya que la indebida fundamentación de las respuestas dadas a las observaciones ciudadanas configura una ilegalidad sustancial que comporta la nulidad de la Res. Ex. N° 0322 emitida por el Director Ejecutivo del SEA. En particular, el Tercer Tribunal Ambiental indica que las falencias metodológicas del informe antropológico del proponente y la falta de fundamentación del pronunciamiento de la CONADI constituyen un vicio que afecta de manera total a la RCA reclamada por lo que ya no es necesario pronunciarse respecto a las demás alegaciones que tenían la misma pretensión.

1.3. Recurso de casación del Director Ejecutivo del SEA y el titular ante la Corte Suprema.

Ante el fallo del Tribunal Ambiental, el Director Ejecutivo del SEA y el titular del proyecto interpusieron un recurso de casación en la forma y el fondo ante la Corte Suprema.

1.3.1. Alegaciones de la autoridad ambiental.

En relación a la casación en la forma, en primer lugar el SEA considera que el fallo del Tribunal Ambiental no valora toda la prueba producida: no valora la realización de un reconocimiento pedestre y bibliográfico del sector y el estudio de los mapas de las comunidades indígenas emplazadas en la comuna de Curacautín recogidos en el estudio antropológico del titular; obvia que el informe de la CONADI estimó que con los antecedentes presentados por el titular era posible descartar la susceptibilidad de afectación directa y significativa de las comunidades mapuche, por lo que no podría reprobarse falta de fundamentación; no valora las más de 24 actas de trabajo e inspección sobre el terreno realizadas por el SEA de la Araucanía, que contribuyeron a crear convicción a la autoridad administrativa para afirmar que no había comunidades mapuche dentro del área de influencia del proyecto que pudieran verse afectadas por el mismo⁴²³. A este respecto considera que de haberse valorado toda la prueba producida se habría llegado a la conclusión que no se produjo ningún vicio invalidante en el procedimiento de evaluación ambiental que pudiera socavar el principio de legalidad de los actos administrativos.

En segundo lugar, el SEA considera que el Tercer Tribunal Ambiental no valora las pruebas conforme a la regla de la sana crítica, ya que no era cierto que la RCA no hiciera referencia a los efectos de la letra c) y d) del art. 11 de la LBGMA, los cuales se encontraban en el Informe de Inspección Antropológica y porque en definitiva hace una ponderación errática de los medios de prueba que le conduce a dejar sin efecto la RCA.

En tercer lugar, estima que se vulnera el principio de la razón suficiente porque las falencias metodológicas del Informe de Inspección Antropológico del proponente y la supuesta falta de fundamentación del informe de la CONADI que el SEA no reconoce no alcanzan el mérito suficiente para concluir que no se descartó la afectación adversa directa y significativa sobre población indígena.

En cuarto lugar, vuelve a argumentar que el Tribunal Ambiental es incompetente porque los recurrentes no habían agotado la vía administrativa para acudir al Comité de Ministros, que se vulneró su derecho a la defensa porque se abordaron materias en el

⁴²³ Este es uno de los principales reproches que funcionarios del SEA le hacen al Tribunal Ambiental: “pone la lupa en las falencias del estudio antropológico del proponente y la falta de fundamentación del pronunciamiento de la CONADI y en cambio no valora la prueba producida por el propio SEA en su detallada inspección sobre el terreno” (Medina 2017).

Tribunal Ambiental que no habían sido discutidas en sede administrativa ni puestas previamente en su conocimiento; y que los reclamantes deberían haber usado la vía recursiva del art. 17.8 LTA.

Y, por último, concluye que el Tribunal sobrepasó los límites de su competencia en el ejercicio del control judicial ya que debería haberse limitado a valorar si las observaciones formuladas por los reclamantes fueron o no debidamente consideradas durante la evaluación ambiental del proyecto y en cambio entra a valorar la metodología del informe antropológico presentado por el proponente cuando ésta no había sido objetada por el reclamante y resuelve la controversia en base a este análisis.

Respecto al recurso de casación en el fondo, el SEA sostuvo lo siguiente: i) que el Tribunal Ambiental no estima la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos y obliga a la autoridad ambiental a probar la legalidad de sus propios actos, desconsiderando que la propia resolución administrativa había desestimado la afectación significativa a los sistemas de vida y costumbres indígenas (letra c) del art 11 de la LBGMA) y el emplazamiento próximo a población protegida (letra d) art. 11 de la LBGMA); ii) que el Tribunal Ambiental habría vulnerado el principio de conservación de los actos administrativos, el cual alude a que los actos administrativos solo pueden ser anulados cuando presentan vicios que inciden en elementos o requisitos esenciales que impiden satisfacer la finalidad que tienen encomendados y cuando además generan perjuicios para la comunidad afectada. En opinión del SEA, el Tribunal no habría especificado de qué manera las falencias del estudio antropológico del titular y la falta de fundamentación del pronunciamiento de la CONADI repercutirían en la evaluación ambiental del proyecto o impedirían el cumplimiento de los fines del SEIA, ni la manera en que esas falencias generaban perjuicios irremontables que justificasen dejar sin efecto todo el procedimiento administrativo. Es este uno de los principales reproches que el SEA le hace al Tribunal Ambiental: más allá de estos dos elementos de prueba, existían otros antecedentes recogidos en el ICE que daban cuenta de una adecuada evaluación de las variables ambientales y que habían probado la ausencia de afectación directa en las comunidades mapuche y que sin embargo no habrían sido valorados ni ponderados por el Tribunal; iii) que el tribunal vulnera el principio de discrecionalidad de los actos administrativos al excederse en el ejercicio de sus funciones, que debe limitarse a declarar la legalidad o ilegalidad de la resolución del Comité de Ministros. Sin embargo, en esta ocasión, el tribunal entra a valorar los méritos de la resolución administrativa a partir de

la revisión de los diferentes elementos de prueba, tarea que corresponde realizar a la autoridad ambiental; iv) considera que el Tercer Tribunal Ambiental incorpora como parte de la materia reclamada en sede administrativa ante el Comité de Ministros las inquietudes de la comunidad indígena, lo que es erróneo y amerita la anulación del fallo del tribunal. Así, como el objeto de los reclamos en sede jurisdiccional no forman parte de la materia reclamada por vía administrativa, las comunidades mapuche no tienen legitimidad activa para reclamar mediante la vía del art 17.6 de la LTA.

1.3.2. Alegaciones del titular del proyecto.

La empresa Doña Alicia S.A. alegaba que el Tribunal Ambiental había sobrepasado sus competencias porque no se limita a valorar si las observaciones ciudadanas habían sido debidamente consideradas sino que entra a valorar el contenido y el mérito de los antecedentes aportados en el procedimiento de evaluación ambiental, modifica la decisión de la autoridad ambiental y toma en consideración la reclamación de la comunidad mapuche que apuntan a las falencias metodológicas del estudio antropológico del proponente que no había sido incorporada en las observaciones ciudadanas. Es por ello que considera que la sentencia del Tribunal Ambiental había sido dictada “ultra petita”, en su variante de “extra petita”, ya que el Tribunal no sólo va más allá de lo que permite la acción incoada, sino que incluso va más allá y fuera del ámbito fijado por las partes.

En cuanto al recurso de casación en el fondo, la empresa alega que las observaciones de la comunidad en el proceso de participación ciudadana no son las mismas que en sede jurisdiccional ante el Tribunal Ambiental. En el primero de los casos las observaciones solo se plantean en términos genéricos de rechazo a cualquier intervención en los ríos que suponen afectación al pueblo mapuche, y solo ante la jurisdicción ambiental es que la comunidad mapuche reprocha las falencias de la metodología del informe antropológico y la falta de fundamentación del oficio de la CONADI. El titular señala que las inquietudes de las comunidades mapuche fueron debidamente consideradas toda vez que la RCA que calificó desfavorablemente el proyecto ya había valorado las observaciones de las comunidades mapuche y llegado a la conclusión de que no se producían los efectos de las letras c), d) y f) del art. 11 de la LBGMA, que las comunidades no habían impugnado formalmente esa decisión y aun así el Comité de Ministros sí consideró y se hizo cargo de las cartas que le hicieron llegar

durante el proceso de reclamación administrativa y llegó a la misma conclusión que la RCA. En este sentido, considera además que la presencia de falencias en algunos de los informes del procedimiento de evaluación ambiental no significa que la resolución reclamada adolezca de la debida consideración de las observaciones hechas en el proceso de participación ciudadana. El proponente añade que la Res. Ex. N° 0322/2016 cumple con todos los supuestos de la LBPA para que el proyecto sea aprobado y que el Tercer Tribunal Ambiental lo que hace es invertir la carga de la prueba exigiendo a la Administración probar la legalidad de sus propios actos.

1.3.3. Fallo de la Corte Suprema.

En lo que concierne al recurso de casación en la forma del SEA, la Corte rechaza sus alegaciones con los siguientes fundamentos: i) no es cierto que la comunidad mapuche Benancio Huenchupán no objetara las falencias metodológicas del estudio antropológico del proponente y su desconocimiento de la territorialidad y la cultura mapuche que comportaban una vulneración del Convenio 169 de la OIT; ii) el Tribunal Ambiental valora toda la prueba producida si bien se centra en las falencias del estudio antropológico del titular y la falta de fundamentación del pronunciamiento de la CONADI para adoptar su resolución; iii) la disconformidad del recurrente con la ponderación de las pruebas realizada por el Tribunal Ambiental está fuera de los márgenes del causal de nulidad formal por lo que no hay lugar para la vulneración del principio de la sana crítica; y reconoce la legitimidad activa de los reclamantes y la competencia del Tribunal Ambiental.

Con respecto a las alegaciones del proponente, responde que el Tribunal Ambiental sí que era competente para pronunciarse respecto a los méritos del informe antropológico del proponente y del pronunciamiento de la CONADI y rechaza la petición de *extra petita* porque la comunidad Benancio Huenchupán sí atacó las falencias de estos medios de prueba en su reclamación ante el Tribunal Ambiental.

En relación al recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema rechaza las alegaciones del SEA con los siguientes fundamentos: i) que la presunción de legalidad de los actos administrativos y la exigencia de que el vicio de procedimiento recaiga en algún requisito esencial del acto administrativo y genere perjuicio al interesado para poder declararse su nulidad son disposiciones supletorias y genéricas de la LBPA, pero la causa

dice relación con la evaluación ambiental de un proyecto, que *“tiene su propia normativa particular y de aplicación preferente inspirada en principios como el precautorio, que impone la adopción de las medidas anticipadas y necesarias frente a un eventual riesgo en esta materia”*; ii) el Tercer Tribunal Ambiental no sobrepasa los límites del control de legalidad de la RCA que le está permitido, lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un acto administrativo discrecional, pero no impide que pueda controlar todos los elementos formulados para el control de la discrecionalidad, sostener lo contrario como hace el SEA sería socavar la tutela de garantía judicial efectiva; iii) el Comité de Ministros sí consideró las inquietudes y las observaciones de las comunidades mapuche en sede administrativa y desde esos antecedentes es que las comunidades mapuche tienen legitimidad activa para formular sus reclamaciones en sede jurisdiccional dado que el pronunciamiento del Comité de Ministros fue desfavorable a sus intereses.

Respecto al recurso de casación en el fondo del titular del proyecto, la Corte Suprema rechaza también sus alegaciones con los siguientes fundamentos: i) a pesar de que reconoce que las falencias del estudio antropológico del titular del proyecto y la falta de fundamentación del oficio de la CONADI solo fueron atacadas en sede jurisdiccional ambiental y no en sede administrativa, aun y así el Comité de Ministros y la Res. Ex. N° 0322 del Director Ejecutivo del SEA entraron a valorar estos elementos de prueba para concluir con la desestimación de la afectación directa y significativa en las comunidades mapuche, y la Corte Suprema entiende que las observaciones mapuche no fueron debidamente consideradas debido a que el Comité de Ministros no explica de qué manera las falencias metodológicas del estudio antropológico del proponente y la falta de fundamentación del pronunciamiento de la CONADI no adquieren la categoría de vicio esencial o relevante de la resolución; por tanto, la resolución del Comité de Ministros no cumple con los requisitos que requiere el art. 17 N° 6 de la LTA en relación a una adecuada fundamentación en las respuestas a las observaciones ciudadanas ya que su decisión se nutre de elementos de prueba con falencias; y no existe alteración de la carga de la prueba ni vulneración de la presunción de legalidad de los actos administrativos debido a que en sede ambiental corresponde dar preminencia al principio precautorio.

1.4. Relevancia jurídica del caso.

Varios elementos relevantes pueden destacarse respecto de los efectos del litigio mapuche en esta causa:

En primer lugar, la causa pone en la agenda del Tercer Tribunal Ambiental la conflictiva relación entre proyectos hidroeléctricos-pueblos indígenas (Royo 2017). Y en este terreno, la comunidad mapuche Benancio Huenchupán logra del Tercer Tribunal Ambiental un cierto grado de apertura a una concepción de la territorialidad indígena desde un paradigma de la cultura y espiritualidad mapuche (Royo 2017; Huenchumil 2020, Pulof Comunicaciones 2016), no en sentido positivo de reconocer las afectaciones directas y significativas, pero al menos sí en un sentido negativo de que ni el titular, la CONADI ni el SEA han probado que no se constituyera la susceptibilidad de afectación directa en las comunidades mapuche. En palabras de Suyai Neculqueo al valorar la decisión de los tribunales: *“yo creo que ahí se abre la legalidad a ese entendimiento, a reconocer que los espacios naturales, menokos, trayenkos, leufu, ríos, cascadas, tienen un valor intrínseco y espiritual profundo para en este caso el pueblo mapuche, esos espacios donde hay mucha agua y fuerza también hay vegetación y hay lawen decimos nosotros que son plantas medicinales y esas plantas medicinales ayudan en caso de enfermedad, nos ayudan a todos, a nuestros hijos, a nuestros mayores”* (Neculqueo 2020). De esta manera, la resolución del Tercer Tribunal Ambiental sirve para desafiar la comprensión estrecha de la territorialidad indígena de parte del titular, la CONADI y el SEA, que sostenían que una distancia de 13 Kms entre el emplazamiento de la CH y las tierras de la comunidad mapuche legalmente constituida más cercana era una razón suficiente y considerable como para entender que no se producía ninguna afectación directa en las comunidades mapuche, mientras que desde la cosmovisión mapuche, trece Kms. es muy poco ya que ocupan el río para hacer sus rogativas, recoger su *lawen*, dar de beber a sus animales, etc. (Royo 2017). Como apunta el geógrafo que realizó el informe para la comunidad litigante, *“si bien los lugares donde se estaban instalando las CH no eran tierras mapuche tituladas, sí correspondían al territorio y a la territorialidad ancestral de las comunidades. Cuando eso se validó en las instancias judiciales, marca también un hito, un precedente porque se está reconociendo que esos conceptos de territorio y territorialidad, son muchos más amplios que la propiedad de la tierra”* (Huenchumil 2020). Es por este motivo que, a pesar de que el Tribunal no acogió las vulneraciones de derechos alegadas por los mapuche, los mapuche entienden que la valoración de la judicialización del caso es que fue un éxito porque finalmente se logró detener el proyecto y esta apertura en la comprensión de la territorialidad indígena (Neculqueo 2020; Royo 2017).

En segundo lugar, el caso es paradigmático porque es la primera vez que funciona toda la institucionalidad ambiental (Jaccard 2017) y porque revela la siguiente paradoja: a pesar de que el ICE había negado la afectación a comunidades indígenas –y había recomendado la aprobación del proyecto- y que la COEVA había rechazado el proyecto por la afectación al valor paisajístico y turístico de Curacautín, el caso se gana finalmente en sede jurisdiccional merced a la demanda indígena y no como resultado de la demanda de los operadores turísticos y sectores ambientalistas de Curacautín (Royo 2017; Silva 2017)⁴²⁴. Varios de los actores entrevistados mostraron su sorpresa por el desenlace del caso, ya que esperaban que el proyecto fuera aprobado o que al menos no sería rechazado por las alegaciones mapuche (Medina 2017; Royo 2017; Silva 2017; Muñoz 2017). Este desenlace exitoso del caso para las pretensiones mapuche –rechazo de la CH- constituyó una excepción a la regla general que es que “*todos estos proyectos terminaban de una u otra manera siendo aprobados, que nunca se ganaban*” (Jaccard 2017, refiriéndose a las Cortes de Apelaciones)⁴²⁵. Es más, podría hablarse de un carácter reforzado de la excepcionalidad del fallo del tribunal ya que la mayoría de recursos de protección contra proyectos hidroeléctricos en Chile habían sido desestimados y además la mayoría de ellos tenían que ver con DAA y muy pocos con derechos ambientales (Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019). De esta manera, el Tribunal Ambiental en la causa Doña Alicia desafía la tesis que sostiene el racismo con el que operan los tribunales en Chile (Jaccard 2017)⁴²⁶.

⁴²⁴ Incluso desde el mismo SEA se reconoce que se puede plantear “*que Doña Alicia se cae por cuestiones de cosmovisión del mundo mapuche [...] y porque no tuvo en consideración el mundo mapuche*” (Medina 2017). Así ha sido difundido por algunos medios de comunicación afines al movimiento mapuche al enfatizar la relevancia del fallo judicial en el caso Doña Alicia debido a que “*el argumento principal desarrollado por la defensa se fundamentó desde la perspectiva del conocimiento propio en la defensa del ixofillmongen (todas las formas de vida), lo cual marca un precedente relevante desde el punto de vista jurídico al reconocer derechos territoriales ancestrales sobre el territorio desde la perspectiva del az mapu (orden mapuche)*” (Pulof Comunicaciones 2016). Lo entienden así también Melín et al. al señalar que “*dos aspectos nos parece importante destacar. El primero es que, con este fallo el tribunal ambiental reconoce los límites ancestrales del Lof Benancio Huenchupan como un criterio válido para dar cuenta de la vulneración de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, referidos al respeto a tierras, territorio y territorialidad mapuche. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, que el tribunal reconoce que las relaciones que las comunidades construyen con la naturaleza a través del concepto de IxofillMongen es relevante de considerar en la estimación de los impactos*” (Melín et al. 2017).

⁴²⁵ En un proyecto de investigación sobre conflictos ambientales y proyectos energéticos, Jaccard identifica las principales causas del rechazo de los jueces respecto de los recursos mapuche como los siguientes: falta de argumentación, incapacidad de aportar las pruebas necesarias para generar la convicción en el tribunal y una distancia excesiva entre el lugar donde vive la comunidad y el emplazamiento del proyecto que haga que no haya ningún criterio racional para sostener la afectación directa (Jaccard 2017). De estos tres obstáculos para la estrategia de litigio mapuche, solo el segundo de ellos no pudo ser superado en el caso Doña Alicia sin ser impedimento para que finalmente se rechazara el proyecto.

⁴²⁶ Jaccard argumenta que “*no hay necesariamente una actitud hostil del poder judicial frente al relato de las comunidades, no es que sea un tribunal racista...no, no, son bastante racionales, y los fallos van en el sentido de que usted me dice que le afecta a su territorialidad, arguénteme cómo, no tengo ningún*

En tercer lugar, los tribunales abandonan la deferencia hacia el principio de validez de los actos administrativos de la LBPA y aplican el principio precautorio del derecho ambiental para rechazar el proyecto, no trasladar la carga de la prueba a los pueblos indígenas, sostener que corresponde al titular del proyecto probar la no susceptibilidad de afectación en territorios indígenas y exigir una mejor fundamentación de las resoluciones de los OAECA y un mejor y mayor grado de verificación objetiva e imparcial del SEA con respecto de la información proporcionada por el titular (Observatorio Ciudadano 2018; Puschel 2021; Cuadra-Montoya 2021a y 2021b; Medina 2017)⁴²⁷. Esta exigencia de los tribunales ambientales vinculada a que los titulares de los proyectos y los organismos técnicos especializados presenten antecedentes e informes de los proyectos sólidos y confiables para no generar un vicio de entidad suficiente que comporte la ilegalidad de la RCA por constituir un acto administrativo carente de motivación ha contribuido a una mayor protección de los derechos indígenas, a que se haya elevado el estándar del SEA, a que los titulares presenten mejores informes en los últimos años (Medina 2017), si bien estas mejoras continúan siendo insuficientes (Jaccard 2017), a que la CONADI fundamente mejor sus decisiones y, en definitiva, a que el proceso de evaluación ambiental se haya tornado más exigente (Múñoz 2017; Medina 2017). Así, la CONADI, por ejemplo, ha empezado a referirse a la jurisprudencia de la Corte IDH para fundamentar mejor sus resoluciones y darle fuerza a las cosas que pretende decir. No obstante, la exigencia de los jueces de una mejor fundamentación de las resoluciones administrativas ha tenido una contrapartida en la CONADI: el temor al reproche judicial hace que a veces la CONADI se abstenga de valorar posibles afectaciones en el componente medio humano indígena porque no encuentran respaldo en la legislación, como es el caso de impactos de los proyectos energéticos en la salud mental de la población mapuche (Múñoz 2017). Desde el SEA, se reconoce que *“el Tribunal Ambiental [va] en la dirección que el SEA tiene que hacer cada vez más una evaluación más rigurosa y metodológicamente tiene que ser más exigente con los estudios así que y en eso se está reaccionando. Efectivamente, ser más rigurosos y exigentes con los estudios que nos entregan los titulares, entonces ha sido importante, sin duda, el actuar de los Tribunales Ambientales y detrás de eso los recursos que presenta la*

problema en aceptar su argumentación, pero lo que usted me está diciendo va a tener que soportarlo” (Jaccard 2017).

⁴²⁷ Así, el tribunal ambiental establece la preeminencia del principio precautorio como parámetro de control de la razonabilidad de las RCA (Guerra-Schleef 2019a).

ciudadanía, las organizaciones sociales y la comunidades, sin duda que los derechos que están activando las organizaciones son fundamentales, o sea, cada vez que nosotros vamos a los territorios y les decimos si usted participa tiene derecho a reclamar, finalmente, es cierto, tiene un efecto, tiene un efecto y estas mejoras que podemos hacer son producto de aquello digamos, en el corto plazo probablemente estas organizaciones no están viendo todavía el objetivo que ellos quisieran que es que un proyecto específico así se rechace de inmediato, pero yo creo que quizás sí más en el mediano y largo plazo sí se van a ver algunos resultados digamos”⁴²⁸. No obstante haber subido el estándar de verificación del SEA, persisten desafíos como levantar mejores medios de verificación y actas de terreno, mejorar la metodología y concluir más procesos de evaluación ambiental en el plazo requerido por la LBGMA (Medina 2017). De alguna manera, se observa cómo los recursos humanos y materiales de que dispone el SEA se ven sobrepasados por los estándares que los Tribunales Ambientales le exigen satisfacer al SEA, que ahora ya no solo tiene que hacer evaluación ambiental e inspección de terreno, sino dar fe de todos los informes que le entregan los OAECA y el proponente del proyecto (Medina 2017)⁴²⁹.

En este sentido, si se le da continuidad al precedente de Doña Alicia de poner la carga de la prueba sobre las espaldas de la autoridad ambiental y no de las comunidades, para que sea la autoridad la que pruebe que no existe afectación, será una importante contribución hacia una mayor apertura al ejercicio de la consulta previa y al acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Chile (Hervé y Bascur 2019; Guerra-Schleef 2017, Observatorio Ciudadano 2018)⁴³⁰. Sin embargo, los tribunales nos dejan un contrasentido:

⁴²⁸ En otro momento de la entrevista, Medina incide en esta idea y afirma que “producto de los fallos de los titulares y producto de la presión ciudadana, producto de las reclamaciones que hacen las comunidades y las organizaciones sociales y ambientales y del estándar que también, también hace hoy día el SEA se autoimpone [...], el SEIA está haciendo que concluya más, ambientalmente sea más exigente, o sea, la balanza está haciendo a que el aparato del Estado esté haciendo más evaluación ambiental” (Medina 2017).

⁴²⁹ En este sentido, Medina se muestra crítico con el Tribunal Ambiental al preguntarse: “¿hasta dónde me sirve que yo haga un excelente trabajo de evaluación ambiental en terreno y levante información y concluya impactos como SEA [...], si luego pone la lupa en otro lado? (refiriéndose al informe antropológico del proponente y al pronunciamiento conforme de la CONADI)”. Esta es la principal crítica que se hace desde el SEA al fallo del Tribunal Ambiental en el caso Doña Alicia: si mira con lupa y hace un análisis profundo del estudio antropológico del titular y del pronunciamiento de la CONADI, que haga lo mismo con la evaluación del componente humano realizada por el SEA recogida en la RCA 79/2015, la cual entiende que no ha sido respondida ni criticada por el Tribunal, haciendo que el SEA se quede huérfano de orientaciones por parte del Tribunal Ambiental para mejorar su evaluación en el futuro. Desde su mirada, el Tribunal Ambiental debería haberse centrado en valorar solamente la RCA, que es el acto terminal del proceso de evaluación ambiental y que además en ningún momento hacía referencia al informe antropológico del titular ni lo tomó en consideración para adoptar su resolución (Medina 2017).

⁴³⁰ La jurisprudencia precedente trasladaba la carga de la prueba de la susceptibilidad de afectación directa sobre las comunidades indígenas lo que se traducía en una restricción al DF a la consulta previa ya que las comunidades indígenas en general no disponen de los recursos materiales y técnicos para presentar los

por un lado, aplican el principio precautorio que defiende necesidad de una actuación anticipada ante un eventual riesgo en materia ambiental, incluyendo el componente grupos humanos indígenas, para rechazar el proyecto hidroeléctrico, y por el otro, continúan exigiendo un elevado umbral de certeza para reconocer la procedencia de la consulta (Puschel 2021). Es decir, los tribunales establecen que en contextos de interculturalidad donde existe incerteza de la susceptibilidad de afectación directa respecto de las comunidades indígenas, la falta de certeza opera para rechazar el proyecto en aplicación del principio precautorio⁴³¹ pero no permite gatillar la consulta. En este sentido, los efectos de la movilización legal mapuche en esta causa han sido limitados: si bien consiguen que la Corte Suprema admita que la susceptibilidad de afectación directa debe operar conforme al principio precautorio tal y como ya lo había recomendado el Relator Anaya en sus propuestas de reglamentación de la consulta indígena en Chile (Guerra-Schleef 2020), sin embargo, no ha sido capaz de lograr que el Tercer Tribunal Ambiental y la Corte Suprema abandonen la doctrina de exigir evidencia de impactos significativos para admitir la procedencia de la consulta previa, lo que finalmente se traduce en que los tribunales no acogen el reclamo mapuche de la realización de la consulta previa porque los recurrentes no aportaron antecedentes concretos que acreditasen las afectaciones (Carmona 2020b).

En cuarto lugar, en lo que concierne a los aspectos formales, la sentencia clarifica los criterios de acceso a la justicia ambiental para quienes presentaron observaciones en el proceso de participación ciudadana, evitando una exigencia redundante e innecesaria de agotamiento de la vía administrativa de impugnación (Guerra-Schleef 2019a). Así, el Tribunal Ambiental y la Corte Suprema establecen que para agotar la vía administrativa deben presentarse y resolverse los recursos administrativos procedentes, independientemente de quien los haya interpuesto para no dejar en la indefensión a quien teniendo una resolución favorable en primera instancia y desfavorable en segunda

antecedentes requeridos en términos de certeza como se les exigía desde los tribunales de manera que no tienen la capacidad de desafiar la información presentada por el titular del proyecto, quien acostumbra a omitir los impactos sobre las comunidades indígenas para que no se le extiendan los plazos con la consulta y se le incrementen los costos con las medidas de mitigación, reparación y compensación (Jaccard 2017). Sin embargo, hay que tener presente que las sentencias de la Corte Suprema en Chile solo son aplicables al caso concernido y no son extrapolables a otros casos similares ya que el sistema chileno no es un sistema de precedentes sino de efectos relativos de la sentencia (Jaccard 2017).

⁴³¹ La aplicación del principio precautorio en la valoración de la susceptibilidad de afectación directa permite de alguna manera compensar el hecho de que los impactos intangibles y diferenciados no son siempre evidentes para los ojos de la cultura hegemónica (Puschel 2021).

instancia ante la impugnación de otro interesado pueda verse en la imposibilidad de acudir a los tribunales de justicia (Puschel 2021).

Por último, desde un enfoque más amplio de los efectos de la movilización legal, el caso confirma la literatura sobre movilización legal que se refiere a que existen mayores posibilidades de éxito cuando los grupos subalternos tejen alianzas con otros sectores y grupos de interés y las estrategias de litigio van acompañadas de un fuerte *lobby* en las calles, los medios de comunicación y los otros poderes del Estado (*power-with* y *power-to dimension* en términos de las categorías de Dugard 2022) (Bidegain 2016a). Desde esta dimensión hay que destacar también que la articulación exitosa de una oposición mapuche al proyecto hidroeléctrico Doña Alicia ha contribuido a fortalecer el liderazgo de algunas autoridades tradicionales como el *lonko* Alberto Curamil, quien gracias a su labor obtuvo el premio Goldman de Medio Ambiente en el año 2019 (Fuentes 2019). Este reconocimiento internacional sin embargo, no ha impedido que como defensor ambiental y del territorio haya sido objeto de una persecución política por parte de la institucionalidad del Estado chileno (Royo 2017), habiendo tenido que permanecer en prisión preventiva por más de un año acusado de actividad criminal (Diario UChile 2019) y víctima de la violencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (Corvalán y Llanos 2021).

2. CH LLANCALIL.

2.1. Antecedentes.

2.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

Se trata de una PCH de pasada propuesta por la empresa Inversiones Huife Ltda con una inversión de 23 millones de dólares, que contaría con una potencia instalada de 6,9 MW y que presenta la particularidad que utilizaría el potencial hídrico de la cuenca de dos ríos, el Llancalil y el Liucura Alto. El proyecto se ubica aguas arriba de la confluencia de los ríos Llancalil y Liucura en la localidad de Huife Alto, ubicado a unos 35 km al este de Pucón, provincia de Cautín. El lugar de emplazamiento del proyecto tendría una superficie aproximada de 4,33 ha, estaría compuesto por dos bocatomas, una en el río Liucura y otra en el río Llancalil, tuberías de aducción enterradas, una cámara de carga, rápido de descarga, tubería en presión enterrada, una casa de máquinas y canal de descarga. La energía generada sería entregada a la red de distribución local, conectando la casa de máquinas al mismo mediante una línea de conexión de 23 kV con una longitud de 75 m.

Según consta en la DIA, la bocatoma Llancalil permite captar un caudal de diseño de hasta 4,2 m³/s y la bocatoma Liucura de hasta 3,5 m³/s; la longitud del canal de aducción Liucura es de 3.301 m, mientras que la del canal de aducción Llancalil es de 1.264 m; los canales conducen las aguas hasta una cámara de carga de 95 m de longitud, desde donde sale una tubería a presión de 300 m de longitud, que dirige las aguas hasta la casa de máquinas; allí dos turbinas tipo Francis generan la energía con un caudal de diseño de 3,85 m³/s cada una. Finalmente, un canal de restitución de 26 m de longitud devuelve las aguas del río Liucura. La central no cuenta con embalse, contempla una distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas de 3,4 Km (bocatoma Liucura) y 2,57 Km (bocatoma Llancalil) y presenta una diferencia de cota entre ambos puntos de 111 m.s.n.m.

Las comunidades mapuche más cercanas al proyecto -al interior del área de influencia- serían: i) la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, que adquirió tierras a través de la CONADI localizadas a una distancia de 827 m aguas arriba de la bocatoma Llancalil; b) la Comunidad Indígena Millaqueo Millahual localizada en Huife Bajo, al lado del río Liucura a una distancia en línea recta de 3.490 m aguas abajo

del proyecto; y iii) la Comunidad Indígena Neculán Nahuelán ubicada en Llafenco a una distancia en línea recta de 5.020 m aguas abajo del proyecto.

2.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.

El proyecto de la minicentral hidroeléctrica Llançalil ingresó al SEIA mediante una DIA por primera vez el 23 de diciembre de 2013, pero no fue admitido a tramitación porque no cumplía con los requisitos formales señalados en los arts. 14, 15, 16, incisos primero y segundo, y 19 del RSEIA⁴³². Vuelve a ingresar el 20 de mayo de 2014 y esta vez, a pesar de ser admitida a trámite por la COEVA⁴³³, es el propio titular quien finalmente desiste del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de su proyecto el 28 de julio de 2017 tras comprobar las observaciones realizadas por la mayoría de los OAECA a su Adenda complementaria⁴³⁴. Finalmente, el proyecto ingresa al SEIA por tercera vez el 23 de abril de 2018 y esta vez sí es admitido a trámite⁴³⁵ y sujeto al procedimiento de evaluación ambiental.

A mediados de mayo varias personas naturales y jurídicas solicitan el inicio de un proceso de participación ciudadana, entre ellas, las comunidades indígenas Carimán Sánchez y Gonzalo Marín y Millaqueo Millahual, quienes además solicitan que el proyecto ingrese mediante un EIA y sea sometido a un proceso de consulta previa. Durante el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto fueron necesarias dos ICSARAS con las observaciones de los OAECA y dos ADENDAS con las respuestas del titular antes de que el ICE del proyecto recomendara la aprobación de la DIA y el proyecto fuera finalmente aprobado mediante la Res. Ex. n° 26/2019 de la COEVA de la región de La Araucanía de 17 de julio de 2019 que califica favorablemente la DIA del proyecto CH Llançalil.

A destacar que durante el procedimiento de evaluación ambiental la CONADI emitió tres oficios con sus valoraciones respecto de las afectaciones del proyecto sobre los grupos humanos indígenas de la zona. En el primero de sus oficios, la CONADI sostiene que las comunidades se encuentran dentro del área de influencia del proyecto y que el estudio del medio humano presentado por el titular presenta una serie de falencias

⁴³² COEVA, Región de La Araucanía, Res. Ex. n° 281, de 30 de diciembre de 2013.

⁴³³ COEVA, Región de La Araucanía, Res. Ex. n° 162, de 20 de mayo de 2014.

⁴³⁴ COEVA, Región de La Araucanía, Res. Ex. n° 192, de 28 de julio de 2017.

⁴³⁵ COEVA, Región de La Araucanía, Res. Ex. n° 154, de 23 de abril de 2018.

debido a que i) se fundamenta en entrevistas de hace tres años y en un informe antropológico desactualizado del año 2016 y ii) justifica la ausencia de los efectos, características o circunstancias contempladas en el art. 11 de la LBGMA en un criterio de distancia de las obras proyectadas respecto de los predios donde se asientan las comunidades mapuche, enfatizando que todavía los predios más cercanos adquiridos a través de la CONADI no han sido efectivamente ocupados por la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín. La CONADI observa que estas conclusiones del titular son equívocas dado que i) la situación de ocupación puede haber variado desde 2016 y ii) porque no permite descartar que no se produzcan las situaciones contempladas en los literales a) y d) del art. 7 del RSEIA en relación a los usos que hacen del río las comunidades mapuche Millaqueo Millahual y Neculán Nahuelán que se encuentran aguas abajo del proyecto. Es por ello que la CONADI solicita al titular actualizar la información para la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín –incluyendo las fuentes primarias- y complementar la información antropológica de las Comunidades Millaqueo Millahual y Neculán Nahuelán para descartar que puedan producirse los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA en alguna de estas comunidades⁴³⁶.

En un segundo pronunciamiento, la CONADI entiende que el titular en su ADENDA n° 1 complementa la información en los términos referidos y que ha justificado la no generación de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA sobre las comunidades mapuche concernidas, si bien observa que todavía debe complementar y aclarar la información contenida en las respuestas a las observaciones ciudadanas n° 99 (rol del *lonko* en los procesos de evaluación ambiental), n° 105 (antecedentes respecto de las actividades del proceso de participación ciudadana en la comunidad Millaqueo Millahual) y n° 122 (ceremonia del proceso de revinculación de la comunidad Carimán Sánchez con el predio Llancalil)⁴³⁷.

En el tercer pronunciamiento, la CONADI observa que el titular ha respondido a sus observaciones en la ADENDA complementaria y ratifica su conclusión de que el titular ha justificado que no se producen los efectos, características o circunstancias del

⁴³⁶ CONADI, Oficio Ord. N° 238, de 15 de mayo de 2018.

⁴³⁷ CONADI, Oficio Ord. N° 114, de 1 de febrero de 2019.

art. 11 de la LBGMA y que no se identifican lugares pertenecientes al patrimonio cultural⁴³⁸.

2.1.3. Reclamación administrativa.

El 4 de octubre de 2019, las comunidades mapuche afectadas por el proyecto interpusieron ante el Director Ejecutivo del SEA una reclamación administrativa contra la RCA que calificaba favorablemente el proyecto con los siguientes fundamentos: indebida consideración de las observaciones ciudadanas, irregularidades en la determinación del área de influencia del proyecto respecto del medio humano, falta de consideración de la fauna nativa en emisiones de ruido y vibraciones, inobservancia de varias guías del SEA, uso de información de un proyecto anterior, no subsanación de errores, omisiones o inexactitudes de la DIA, procedencia de evaluación mediante un EIA, potencial fraccionamiento del proyecto, infracción del Convenio 169 de la OIT, vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art 19.2 de la CP), no realización de reuniones previas, y falta de contenidos mínimos del ICE y de la RCA. Por estas razones y en aplicación del principio preventivo y precautorio es que las comunidades solicitan la suspensión de la RCA para evitar que se produzca un daño irreparable o que se ejecute lo que se resuelva si se acogiera el recurso administrativo interpuesto⁴³⁹. Más tarde, el 7 de octubre de 2019, el Consejo Territorial Mapuche de Pucón presentó su reclamación alegando que sus observaciones no fueron respondidas, que la información de la RCA era insuficiente y que no se había cumplido la normativa indígena de Chile y el Convenio 169 de la OIT⁴⁴⁰.

Para dar respuesta a las reclamaciones presentadas, los OAECA tuvieron que volver a pronunciarse respecto a la evaluación ambiental de la minicentral Llancalil. El Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR) sostuvo que no podía asegurarse que no se produjera afectación significativa al valor turístico y paisajístico; la CONADI mantuvo que el titular había justificado que no se producían los impactos contemplados en las letras c) (alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres), d) (localización en o próxima a GHPPI susceptibles de ser afectados) y f) (eventual afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura de GHPPI) del

⁴³⁸ CONADI, Oficio Ord. N°. 445, de 25 de junio de 2019.

⁴³⁹ Recurso de reclamación, of. N° 191/2019, de 7 de octubre.

⁴⁴⁰ Recurso de reclamación, n° de ingreso correlativo 24300, de 7 de octubre, Rol. 33/2019.

art. 11 de la LBGMA y se pronuncia conforme a la aprobación de la DIA⁴⁴¹; la Subsecretaría de Salud dice que no dispone de la información necesaria para descartar eventuales riesgos a la salud de la población asociadas con las emisiones de ruido y vibraciones generadas por el proyecto; el SAG afirma que la caracterización del área de influencia del proyecto para el componente fauna es deficiente y la DGA mantiene que el proyecto no produce afectación significativa a la cantidad y calidad de los recursos hídricos. Con estos pronunciamientos de los OAECA es que el Director Ejecutivo del SEA resuelve acoger parcialmente 9 de las 11 reclamaciones interpuestas, retrotraer el proceso de evaluación ambiental al momento posterior al ICSARA complementario y solicitar al titular aportar un análisis sobre la justificación de la determinación del área de influencia del proyecto así como información actualizada, suficiente y adecuada del componente medio humano, considerando la presencia indígena en el área de influencia para evaluar las posibles alteraciones significativas a los sistemas de vida y costumbres y la susceptibilidad de afectación directa en virtud del art. 85 RSEIA.

2.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

El 6 de marzo de 2020 Juan Bautista Sánchez Licanqueo, *lonko* de la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, y Ruben Enríquez Sánchez Curihuentro, miembro y representante de la Comunidad interponen un recurso de protección contra la COEVA de la región de La Araucanía por dictar la Res. Ex. N° 26/2019 que calificaba favorablemente la DIA “PCH Llancalil”⁴⁴².

2.2.1. Alegaciones del recurso de protección mapuche.

Los recurrentes mapuche sostienen que la RCA adolece de varios vicios de legalidad debido a que el titular no solo no descarta sino que causa los efectos, características y/o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, los cuales comportan una vulneración de los DF consagrados en los numerales 2, 3, 8, 21 y 24 del art. 19 de la CP, y es por ello que solicitan al tribunal el rechazo de la RCA.

El principal reproche de los recurrentes a la RCA es la falta de rigurosidad en su fundamentación y las contradicciones que contiene, dado que:

⁴⁴¹ CONADI, Oficio Ord. N° 065/2020, de 20 de enero de 2020.

⁴⁴² Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 6749-2019, de 6 de marzo de 2020.

En primer lugar, la RCA sostiene que no se produce afectación directa y significativa sobre los recurrentes ya que estos no se encuentran dentro del área de influencia del proyecto, contradiciendo así lo sostenido en la DIA por el propio titular quien había admitido en un principio que los recurrentes se encontraban dentro del área de influencia del proyecto. En particular, la RCA valiéndose del pronunciamiento conforme de la CONADI en su oficio n° 445 niega que se produzca una afectación significativa de las letras c) (alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos), d) (localización en o próxima a poblaciones protegidas) y f) (alteración de sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural) del art. 11 de la LBGMA dado que no se identifican comunidades mapuche dentro del área de influencia del proyecto ni se identifican lugares pertenecientes al patrimonio cultural, y tan solo reconoce una interacción no significativa con el uso de la ruta S-907”¹⁰. Los recurrentes, sin embargo, observan que no es posible descartar las afectaciones contempladas en el art. 11 de la LBGMA ya que es el propio titular quien admite al menos que los predios nuevos adquiridos a través de la CONADI por la Comunidad Indígena Carimán Sánchez sí que se encuentran dentro del área de influencia del proyecto. Así, los recurrentes defienden que no es cierto como dice la RCA que no haya comunidades mapuche dentro área de influencia del proyecto y que así fue reconocido por la DIA; que el área de influencia del proyecto está definida en términos vagos, confusos y poco claros; y que el titular actúa de mala fe al excluir a los recurrentes del área de influencia del proyecto en sus ADENDAS, lo que contradice sus propias afirmaciones contenidas en la DIA.

En segundo lugar, la falta de información actualizada y confiable del estudio del medio humano realizado por el titular del que se nutre la RCA. En este sentido, denuncian la mala fe con la que actúa el titular al tergiversar un informe antropológico del año 2016 presentado con el proyecto desistido para contradecir en 2018 el contenido de la DIA y negar ahora la existencia de comunidades mapuche dentro del área de influencia. En especial, las comunidades reprochan que se trata de un informe antropológico desactualizado ya que se levantó en el año 2016 para el reingreso del proyecto y metodológicamente cuestionable por un conjunto de factores, entre ellos, que omite que las comunidades se encuentran a 500 m del proyecto aprobado y no considera a dos viviendas de la comunidad y una *ruka* ubicadas a 1 Km del proyecto hidroeléctrico; no valora de manera adecuada la significancia cultural de los ríos para las comunidades

mapuche, la presencia de varios *ngen* en el territorio, y la existencia de un *trawunko* a 160 m aguas abajo del punto de restitución de las aguas; no se justifica la muestra, el trabajo de campo no se realiza en el emplazamiento donde se ubica el proyecto en el sector Huife, no graba las entrevistas y en realidad se trata de un estudio preliminar, y que fue elaborado por un antropólogo (Jorge Saavedra) cuya profesionalidad ya había sido cuestionada por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema en el caso de la central Doña Alicia y que ahora es cuestionada por las comunidades mapuche que le acusan de tergiversar la información recogida en su informe y por ello se niegan a seguir trabajando con él. Además, los recurrentes argumentan que la Comunidad Indígena Millaqueo Millahual, a través de la Junta de Vecinos n° 10, presentó un informe antropológico más actualizado que no fue tenido en cuenta ni por el titular ni por la autoridad ambiental.

En tercer lugar, la falta de fundamentación del pronunciamiento conforme de la CONADI. Los recurrentes recuerdan cómo en el primer pronunciamiento de la CONADI se destacan las falencias del estudio de medio humano del titular y la necesidad de actualizar y complementar la información antropológica –incluyendo las fuentes primarias- para descartar que se produzcan los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA. Según los recurrentes, esta actualización no se habría producido con respecto a las fuentes primarias debido a que el titular condicionó la actualización a continuar trabajando con el mismo antropólogo y solamente se habría complementado mediante algunas fuentes secundarias que ni tan solo referencia. Sin embargo, el segundo pronunciamiento de la CONADI sostiene que el titular aportó nuevos antecedentes en su ADENDA, lo que en opinión de los recurrentes no es cierto porque continúa utilizando información antigua y persisten los mismos vicios, errores y omisiones que la propia CONADI había detectado en su primer pronunciamiento. Además, los recurrentes reprochan a este segundo pronunciamiento que la negación de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA es genérico y poco clara. Por último, con respecto al tercer pronunciamiento de la CONADI, los recurrentes insisten en que es infundado porque no habría explicado de qué manera el titular habría cumplido con los requerimientos de la CONADI ya que habría continuado empleando fuentes secundarias desactualizadas y achacando la ausencia de fuentes primarias actualizadas a la oposición de las comunidades a ser objeto de nuevos peritajes antropológicos.

Y en cuarto y último lugar, los recurrentes afirman que la distancia entre las tierras de la comunidad y las obras del proyecto no es un criterio relevante o decisorio para descartar la afectación directa y significativa sobre las comunidades mapuche.

Consecuentemente, los recurrentes denuncian los siguientes vicios contenidos en la RCA: i) la falta de fundamentación de la resolución nº 26/2019. Por ejemplo, los fragmentos de la RCA que sostienen que el proyecto no afecta al Plan de Gestión de la Zona de Interés Turístico (ZOIT) Araucanía Lacustre y que en algunos casos incluso los complementa serían una copia de la ADENDA complementaria del titular con lo que la autoridad ambiental deja sin responder las observaciones de la Municipalidad de Pucón que habían cuestionado que el proyecto fuera compatible con los objetivos de la ZOIT; ii) la vulneración del principio de no contradicción al sostener al mismo tiempo que la comunidad mapuche se encuentra dentro y fuera del área de influencia del proyecto; iii) el desconocimiento del expediente de evaluación ambiental, ya que ignora la DIA que incluye a las comunidades mapuche dentro del área de influencia del proyecto; iv) el desconocimiento de los cuestionamientos de la municipalidad de Pucón a la Adenda; v) no da ningún mérito al informe antropológico aportado por las comunidades como fuente primaria y desconoce las deficiencias en la determinación del área de influencia del proyecto.

En opinión de los recurrentes se cumplen los tres causales recogidos en el art. 19 inciso 3º de la LBGMA para que la DIA fuera rechazada: no se han subsanado los errores, omisiones o inexactitudes del instrumento de ingreso al SEIA; la existencia de antecedentes que prueban necesidad de hacer un EIA; y no cumplir con la normativa ambiental.

En definitiva, los recurrentes defienden que el titular no ha demostrado la no afectación de las letras b), c), d), e) y f) del art. 11 de la LBGMA como exige el principio precautorio y que, por el contrario, el proyecto debería ingresar al SEIA mediante un EIA porque es susceptible de afectar directamente a las comunidades mapuche y al turismo, por lo que procedería también la realización de la consulta previa en conformidad con los arts. 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Para los recurrentes no cabe duda de que un proyecto emplazado a menos de 1 Km de las comunidades se trata del hábitat indígena protegido por el Convenio 169 y que la intervención del río alterará el bienestar espiritual de las comunidades mapuche, así como su desarrollo económico, social y cultural fundamentado en el etnoturismo, al mismo tiempo que supone una amenaza para el *itro fillmogen*, los *ngen* que habitan en el territorio y el *trawunko* ubicado a 160 m aguas abajo del canal de restitución.

Además, los recurrentes denuncian i) la inobservancia de la guía del SEA para delimitar el área de influencia por parte del titular y la COEVA y que no habría sido

observada por los OAECA, lo que explica que el titular cambiara a su antojo el área de influencia entre DIA y ADENDAS y que se excluyeran viviendas mapuche de la zona de influencia del proyecto, incumpliendo así el art. 19.1 letra b) de la LBGMA por determinar de manera injustificada el área de influencia del proyecto; y ii) la inobservancia de la guía de evaluación de impacto ambiental del SEA al no incorporar fuentes primarias actualizadas ni citar fuentes secundarias. De esta manera, en razón de la información desactualizada y con fuentes secundarias del estudio de medio humano del titular, los recurrentes concluyen que no puede descartarse la afectación directa y significativa sobre las comunidades y, consecuentemente, en aplicación del principio precautorio, procedería una actuación anticipada que impidiera cualquier decisión que comportase que el riesgo de afectación pudiera materializarse; es decir, obligaría al rechazo de la RCA.

Por todo lo expuesto, las comunidades consideran que se les ha vulnerado el derecho de igualdad ante la ley y de trato diferenciado, el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, el derecho a un procedimiento racional y justo (como el titular cambia de opinión respecto de la DIA inicial para luego sostener en las ADENDAS que las comunidades no están dentro área de influencia, se priva así a las comunidades de la posibilidad de presentar observaciones respecto de su exclusión del área de influencia del proyecto y del acceso a la justicia ambiental ya que la ciudadanía solo puede presentar observaciones en la DIA inicial, pero no en las ADENDAS posteriores); el derecho a la consulta previa, que hace que la RCA sea arbitraria e ilegal; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación porque no se evalúan todos los impactos y porque hay impactos significativos y directos sobre las comunidades y el turismo respecto de los cuales no se presentan medidas de mitigación, compensación o reparación; el derecho a desarrollar una actividad económica lícita basada en el etnoturismo; el derecho de propiedad sobre sus tierras, que deben ser entendidas de forma amplia en conformidad con el Convenio 169 de la OIT y que incluyen el hábitat y los recursos que ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

Por todo ello, los recurrentes solicitan a la Corte dejar sin efecto la RCA o que establezca las medidas que considere necesarias para garantizar de manera efectiva estos DF.

2.2.2. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.

Si bien la Corte de Apelaciones admite que el recurso de protección puede interponerse sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante los tribunales competentes, resalta que desde la creación de los Tribunales Ambientales con la LTA en 2012 son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, como la invalidación de una RCA (art. 25 quinqués de la LBGMA) que contempla la revisión de la RCA durante la etapa de ejecución del proyecto y que permite deducir reclamación a cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA (arts 29 y 30 bis de la LBGMA)⁴⁴³. La Corte indica que la pretensión de invalidar una RCA dictada por la autoridad ambiental por vicios en su otorgamiento debe ser resuelta en sede de los Tribunales Ambientales y más cuando la materia planteada no es susceptible de ser solucionada con el recurso de protección ya que no se observa en el caso el quebrantamiento de un derecho indubitado que haya de restablecerse mediante una medida cautelar urgente⁴⁴⁴. Por consiguiente, la Corte no acoge el recurso ya que entiende que las cuestiones técnicas en que inciden los derechos eventualmente vulnerados y las eventuales medidas necesarias para la protección de los recurrentes pertenecen al ámbito de la judicatura especial y no pueden ser resueltas por la vía de tutela de emergencia cuando no se cuenta con todos los antecedentes que permitan valorar la existencia y eventual vulneración de un derecho pleno e indubitado⁴⁴⁵.

2.2.3. Alegaciones del recurso de apelación mapuche ante la Corte Suprema.

Con fecha 11 de marzo de 2020 Juan Bautista Sánchez Lincanqueo, *lonko* de la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, y Rubén Enrique Sánchez Curihuentro, miembro y representante de la misma comunidad, dedujeron recurso de apelación contra la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco ante la Corte Suprema volviendo a alegar que la RCA n° 26 de 17 julio de 2019, rectificada mediante la RCA n° 28 de 12 agosto de 2019, vulneraba sus derechos a la igualdad ante la ley, a la igual protección de sus derechos, a vivir en un medioambiente libre de contaminación, a

⁴⁴³ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 6749-2019, de 6 de marzo de 2020, considerando 3°.

⁴⁴⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 6749-2019, de 6 de marzo de 2020, considerando 4°.

⁴⁴⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 6749-2019, de 6 de marzo de 2020, considerando 6°.

ejercer una actividad económica lícita, y a la propiedad. Más allá de recordar las ilegalidades que se produjeron en el proceso de evaluación y calificación ambiental (pérdida de observaciones ciudadanas escritas en mapudungun del *lonko* recurrente y subida al expediente electrónico dos días después de transcurrido el plazo para interponer un recurso administrativo; falta de motivación del acto administrativo terminal; cambio de criterio de los OAECA cada vez que el proyecto se sometía a evaluación; información falsa, parcial o desactualizada entregada por el titular; impactos no evaluados; afectación al turismo; antigüedad y caducidad de los estudios), los recurrentes fundamentan su recurso en la omisión del deber de consulta indígena y la infracción al art. 11 letra d) de la LBGMA, ya que la comunidad se encuentra en un predio colindante a tan solo 550 m de la bocatoma Llancalil del proyecto hidroeléctrico, provocando una susceptibilidad de afectación directa respecto de la recolección de *lawen*; del *trawunko*; del río donde realizan sus rogativas; de las vías de ingreso al predio y del proyecto de etnoturismo, destacando asimismo que el propio informe antropológico de la empresa señala que como resultado del proyecto hidroeléctrico podría ser necesario correr el lugar donde realizan sus ceremonias más arriba y más adentro de los terrenos de la comunidad. Consecuentemente, los recurrentes solicitan a la Corte Suprema que tome en consideración el concepto de territorio recogido en los arts. 13 y 15 del Convenio 169 de la OIT a fin y efecto de que no se excluya arbitrariamente a las comunidades indígenas del área de influencia del proyecto y proceda a dejar sin efecto la RCA N° 26/2019 de la COEVA de la Araucanía, ordenando el reingreso del proyecto mediante un EIA, por concurrir la causal del art. 11 letra d) de la LBGMA, la realización de un proceso de consulta indígena y la adopción de las medidas cautelares necesarias para proteger las garantías constitucionales invocadas⁴⁴⁶.

2.2.4. Alegaciones del SEA ante el recurso de apelación.

El SEA alegó ante la Corte Suprema que mediante su Res. Ex. N° 202099101391, de 25 de mayo de 2020, ya habían sido acogidas 9 de las 11 reclamaciones interpuestas

⁴⁴⁶ El INDH presentó un *amicus curiae* ante la Corte Suprema en la acción de protección Rol N° 33402-2020 interpuesta por la Comunidad Indígena Cariman Sánchez y Gonzalo Marín en contra de la COEVA de la región de La Araucanía por haber calificado favorablemente la DIA del proyecto PCH Llancalil sin aplicar la consulta previa y dando preferencia a los antecedentes aportados por el titular del proyecto por sobre los aportados por la comunidad indígena. Con el propósito de revertir esta situación y promover la necesidad de realizar una consulta previa con las comunidades afectadas es que el INDH ilustra a los miembros del tribunal sobre los estándares en materia de consulta previa libre e informada (INDH 2020a).

por los reclamantes en contra de la RCA n° 26/19, de manera que en sede administrativa ya se había privado de toda eficacia jurídica al acto recurrido y por lo tanto, el arbitrio de la Corte Suprema habría perdido su oportunidad, no existiendo ninguna medida cautelar que pudiera otorgarse en favor de los recurrentes.

2.2.5. Resolución de la Corte Suprema.

Tras comprobar la veracidad de las alegaciones del SEA, la Corte Suprema resuelve confirmar la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Temuco y reproducirla con excepción de sus fundamentos tercero a sexto, que se eliminan⁴⁴⁷.

2.2.6. Alegaciones de los recursos de reclamación mapuche ante el Tercer Tribunal Ambiental.

El 2 de julio de 2020, las comunidades indígenas Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, Milaqueo Millahual, Neculán Nahuelán y Ibarra Millaqueo, junto a cinco personas naturales mapuche y patrocinados por el abogado Felipe Guerra Schleef, interpusieron ante el Tercer Tribunal Ambiental un recurso de reclamación por la vía del art. 17 N° 6 de la LTA contra la Res. Ex. N° 202099101391 del Director Ejecutivo del SEA, la cual había acogido parcialmente 9 de las 11 reclamaciones administrativas presentadas por un conjunto de personas, entre ellas los reclamantes, por indebida consideración de las observaciones ciudadanas deducidas contra la Res. Ex. N° 26, de 17 de julio de 2019 dictada por la COEVA de la región de La Araucanía que había calificado favorablemente la DIA del proyecto “PCH Llancalil”. La Resolución reclamada había ordenado retrotraer la evaluación ambiental del proyecto a la etapa posterior al ICSARA complementario para abordar adecuadamente los componentes ambientales fauna, medio humano y turismo y los impactos y el cumplimiento de la normativa en materia de ruido y vibraciones.

Con posterioridad se interpusieron varios recursos más contra la resolución reclamada: dos por parte de personas naturales y jurídicas de la comuna de Pucón en representación de los intereses de sectores pertenecientes a la agricultura, el turismo y el ambientalismo de la zona (Rol 16-2020 y Rol 17-2020) y uno por parte de la Asociación

⁴⁴⁷ Corte Suprema, Rol n° 33.402-2020, de 30 de julio de 2020.

Indígena Consejo Territorial Mapuche de Pucón mediante el abogado Sergio Eduardo Millamán Manríquez (Rol 18-2020, de 10 de julio de 2020).

La principal pretensión de los reclamantes mapuche en el Rol R-15-2020 es dejar sin efecto la resolución reclamada en la parte que se decide retrotraer el proyecto, la anulación de la RCA porque no se logra demostrar que no se generan los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA y el ingreso del proyecto al SEIA mediante un EIA. Para fundamentar estas pretensiones, las comunidades mapuche presentaron las siguientes alegaciones:

1) El proyecto genera afectaciones significativas sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables agua y suelo: interviene más de 24 ha de flora y vegetación, con abundancia de bosque nativo y hierbas medicinales; remueve 220.000 m³ de suelo; establece un caudal ecológico insuficiente; no utiliza la guía del SEA para evaluar el componente suelo; calcula el caudal ambiental a partir de datos hidrológicos antiguos, los cuales serían diferentes en la actualidad como consecuencia de los efectos del cambio climático; y vulnera el art. 15.1 del Convenio 169 de la OIT por no considerar el cambio climático, la escasez hídrica y los sitios y usos culturales en la ribera del río.

2) El proyecto genera afectaciones significativas sobre el componente turismo y paisaje (letras d) y e) del art. 11 de la LBGMA), para lo cual señalan el pronunciamiento disconforme del SERNATUR con el proyecto por no demostrar su compatibilidad con el plan de acción de la ZOIT Araucanía Lacustre y provocar afectaciones significativas sobre los componentes turísticos y paisajísticos del Valle Alto del Río Liucura. En cuanto al valor paisajístico, los reclamantes sostienen que el proyecto provoca la obstrucción y alteración de los atributos paisajísticos del territorio y ponen un énfasis especial en criticar la metodología empleada por el titular para definir el componente paisajístico, que consistió en el uso de una guía del paisaje del SEA no vigente, una inspección de terreno antigua (2014), fotomontajes insuficientes, y una definición arbitraria de los puntos de observación; los reclamantes destacan además que el propio SERNATUR en fase recursiva sostuvo que no es posible asegurar la no afectación al componente paisaje por la escasa información entregada por el titular.

3) El proyecto genera la afectación significativa de la letra d) del art. 11 de la LBGMA (localización en o próxima a población protegida susceptible de ser afectada), ya que las tres comunidades están dentro del área de influencia y tanto la DIA como la

RCA reconocieron esa proximidad e incluso la propia autoridad reclamada, si bien no se pronunció respecto de la susceptibilidad de afectación directa que hacía procedente el ingreso mediante un EIA y la apertura de un proceso de consulta indígena, no descartó que no se produjeran afectaciones significativas sobre las comunidades mapuche. Los recurrentes también alegan la alteración significativa de la cosmovisión y sistemas de vida mapuche (letra c) del art. 11 de la LBGMA), el riesgo para la salud (letra a) del art. 11 de la LBGMA), y la afectación significativa de lugares de significación cultural y actividades tradicionales (letra f) del art. 11 de la LBGMA), destacando la intervención del camino interpredial que conecta Huife con Llançalil.

4) No se descartaron los efectos del art. 11 letra f) de la LBGMA en lo relativo al patrimonio cultural ya que i) la autoridad ambiental solo responde las observaciones respecto de la letra c) del art. 11 de la LBGMA (omitiendo responder las observaciones relativas a las letras b, d, e, y f del art. 11 de la LBGMA); y ii) la caracterización antropológica presentada por el titular presenta graves falencias metodológicas. Según los reclamantes, además, existirían antecedentes que dan cuenta de esta afectación significativa a la cultura mapuche.

5) La decisión del SEA de retrotraer la evaluación ambiental vulnera el principio de congruencia porque ninguna de las partes invocó el principio contradictorio y el SEA se pronuncia al respecto de esta materia.

6) La DIA incumple el art. 19 del RSEIA por la ausencia de antecedentes que permitan descartar los efectos del art. 11 de la LBGMA en relación al medio humano, el área de influencia y el cumplimiento de la normativa ambiental y la decisión del Director Ejecutivo del SEA de retrotraer el proceso de evaluación ambiental no puede entenderse como una debida consideración de las observaciones ciudadanas ya que lo que procedía era declarar la inadmisibilidad de la DIA. Añadieron, además, que se incumple el art. 18 bis de la LBGMA y el art. 48 del RSEIA ya que la DIA carecía de información relevante o esencial que no podía ser subsanada mediante ADENDAS, por lo que procedía poner término anticipado a la evaluación ambiental del proyecto.

7) Vulneración del art. 86 del RSEIA ya que las reuniones que se contemplan en esta normativa con GHPPI son obligatorias y, en cambio, la autoridad ambiental solo se reunió con dos personas naturales de las comunidades indígenas Millaqueo Millahual y Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, desconociéndose la información facilitada por la

autoridad ambiental para que pudieran pronunciarse respecto del proyecto, y no se produjo ninguna reunión con algún miembro de la comunidad Mapuche Neculán Nahuelán.

8) Vulneración del control preventivo del SEA en relación al fraccionamiento del proyecto ya que si se contempla la construcción de una línea de transmisión debería evaluarse conjuntamente la construcción de la minicentral hidroeléctrica y la línea de transmisión.

Por su parte, la Asociación Indígena Consejo Territorial Mapuche de Pucón, representada por el abogado Sergio Eduardo Millamán Manríquez (Rol R-18-2020) reiteraron algunos de los mismos argumentos de las comunidades mapuche, enfatizaron el uso y ocupación ancestral del territorio, especialmente para la realización de prácticas culturales; denunciaron la deficiente información entregada en la DIA que no permitía descartar los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, especialmente en lo relativo a las letras c) y d) de esta disposición; que las observaciones ciudadanas presentadas no habían sido debidamente consideradas por la autoridad ambiental; que se respetó el principio de contradictoriedad ya que el titular tuvo la oportunidad de subsanar las falencias de la DIA; que la resolución del Director Ejecutivo del SEA vulnera el principio de participación ciudadana porque retrotrae la evaluación ambiental a una etapa posterior al proceso de PAC y es infundada porque el Director Ejecutivo tenía constancia de los vicios de la DIA en diversas materias, incluido el componente medio humano, por lo que procedía el rechazo de la DIA.

2.2.7. Alegaciones del SEA.

Si bien reconoce que las observaciones ciudadanas no fueron debidamente consideradas ya que no se justificó la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, el Director Ejecutivo del SEA fundamenta su decisión de retrotraer la evaluación ambiental del proyecto en los siguientes hechos: i) la omisión del titular para descartar los impactos significativos del proyecto se debió a una falencia del ICSARA complementario, ya que no se requirieron al proponente la información actualizada o suficiente para caracterizar el medio humano y descartar la existencia de los efectos, características o circunstancias del art. 7 del RSEIA; ii) no procede el término anticipado de la evaluación ambiental del proyecto porque existían

razones técnicas que permitían considerar que la información podía ser subsanada; iii) los componentes medio humano, turismo y valor ambiental del territorio se encuentran en evaluación ambiental de forma que no es posible determinar en esta instancia si se generan afectaciones significativas, si procede el ingreso mediante un EIA o si corresponde el inicio de un procedimiento de consulta previa; iv) las reuniones con GHPPI se realizaron conforme al art. 86 del RSEIA y observa que no existe una metodología predefinida, destacando que se conservan actas de las mismas y que la normativa no prohíbe que las reuniones se hagan con personas naturales ni exige que tengan lugar en terreno o en un determinado lugar; v) la decisión de retrotraer la evaluación ambiental abre la posibilidad de que las observaciones ciudadanas sean nueva y debidamente revisadas; vi) no producirse afectaciones significativas sobre los recursos naturales renovables: respecto al componente flora, indica que el ICSARA sostiene que es altamente probable descartar una afectación en la vegetación ribereña y que el ICSARA complementario concluye que el área intervenida no supone una afectación significativa para el tipo forestal; respecto del componente recurso hídrico, observa que los descensos de la columna de agua son muy moderados y que la ADENDA complementaria demuestra que se devuelve el agua inmediatamente después de la barrera transversal por lo que no habrá tramos del río sin agua; rechaza que la información para determinar el caudal ecológico sea desactualizada, que no se haya considerado los efectos del cambio climático y que se produzca afectación a las napas termales; afirma que no existirá disminución de la calidad del agua por el apozamiento de las bocatomas y que debido a los bajos tiempos de permanencia no habrá cambios significativos en el régimen hídrico; reconoce afectaciones al régimen de los caudales entre los puntos de captación y restitución pero que no serían significativos ya que se cumple con el caudal ambiental; vii) no se generan afectaciones significativas sobre el componente paisaje, destacando algunas medidas como la mimetización de la bocatoma Liucura con una cortina de árboles y arbustos presentes en el lugar, la revegetación de la zona para promover su integración paisajística y minimizar las afectaciones iniciales y la construcción de tuberías subterráneas; viii) no se generan afectaciones significativas sobre el componente cultural o arqueológico, ya que el medio humano todavía se encuentra en evaluación en lo que concierne a la caracterización antropológica y la determinación de lugares de significación cultural, en tanto que no se encuentran en el área de intervención del proyecto elementos que tengan relación con lugares pertenecientes al patrimonio cultural indígena ni hallazgos arqueológicos o paleontológicos con la salvedad de unas piezas cerámicas en el área de

reforestación; ix) no existe fraccionamiento del proyecto ya que las obras de conexión al SIC no son parte del proyecto hidroeléctrico en evaluación y recuerda que el SEA no tiene competencias de carácter preventivo para determinar el fraccionamiento de un proyecto; x) el componente GEI no es materia sujeta a evaluación ambiental ya que no forma parte del contenido mínimo exigible a una DIA.

2.2.8. Resolución del Tercer Tribunal Ambiental.

A la vista de todas las alegaciones presentadas, el Tercer Tribunal Ambiental considera que existen dos controversias clave sobre las que debe pronunciarse: en primer lugar, la supuesta falta de legitimidad activa de los reclamantes; y en segundo lugar, la legalidad de la decisión del Director Ejecutivo del SEA de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto ante la indebida consideración de las observaciones ciudadanas.

En lo que concierne al primer punto, el Tercer Tribunal Ambiental considera que los reclamantes sí tienen legitimidad activa para interponer el recurso contemplado en el art. 17.6 de la LTA porque cumplen con los requisitos exigidos por la LBGMA, es decir, han agotado la vía administrativa en conformidad con el art. 30 bis, en relación con el art. 20, de la LBGMA, y sus observaciones ciudadanas no han sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA. El Tribunal agrega además que no se está ante una situación de ausencia de perjuicio para los reclamantes como solicita el Director Ejecutivo del SEA porque al decidir retrotraer el proceso de evaluación ambiental se deja parcialmente vigente la RCA impugnada aun cuando se reconocen los vicios denunciados por los reclamantes que tenían la pretensión de obtener la nulidad de la RCA.

En lo que concierne a la legalidad de la decisión del Director Ejecutivo del SEA de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental, el Tercer Tribunal Ambiental entiende que la cuestión estriba en ponderar si el Director Ejecutivo del SEA podía retrotraer el proceso de evaluación ambiental en base al principio de contradictoriedad o debería haberse dejado sin efecto la RCA como piden los reclamantes. Respecto de esta materia, el Tercer Tribunal Ambiental recuerda que para que las observaciones sean debidamente consideradas, deben ser analizadas conforme al ordenamiento jurídico, en la forma y en el fondo, lo que comporta examinar el mérito de los antecedentes que forman parte del proceso de evaluación ambiental. Es decir, los tribunales tienen

competencia para revisar la RCA en sus aspectos formales y también respecto del mérito de sus antecedentes, pudiendo fijar condiciones para que la RCA sea aprobada, como la adopción de medidas de mitigación o compensación. El Tercer Tribunal Ambiental señala que la debida consideración de las observaciones ciudadanas supone la materialización del principio de participación en todas sus dimensiones (derecho a recibir información, derecho a formular observaciones, y derecho a reclamar cuando la autoridad ambiental no pondera debidamente las observaciones formuladas por la ciudadanía), así como del principio de cooperación con la Administración en la tutela efectiva del medio ambiente. El Tercer Tribunal Ambiental considera que al tratarse de la impugnación de un acto administrativo, en aquellas materias no reguladas por la LBGMA opera de manera supletoria la LBPA a efectos de valorar si puede haber excepciones o restricciones a la amplia competencia revisora reconocida a la autoridad reclamada. En este sentido, el Tercer Tribunal Ambiental destaca que la LBPA permite la corrección o subsanación de errores de un acto administrativo pero distingue el momento en que ello puede producirse en función de la competencia involucrada: durante el procedimiento y antes de la dictación del acto final por parte del órgano instructor, o por la administración instructora una vez afinado el acto.

Para resolver esta controversia, el Tercer Tribunal Ambiental estima que le corresponde valorar si el Director Ejecutivo del SEA tiene amplias facultades para retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental o por el contrario existen restricciones a esta facultad en función de los bienes jurídicos protegidos y los principios de participación y cooperación. El Tribunal Ambiental recuerda algunas normas clave en esta cuestión como el art. 19, inciso 3º, de la LBGMA (debe rechazarse una DIA cuando no se subsanan errores, omisiones o inexactitudes; si el respectivo proyecto requiere de un EIA o si no se acredita el cumplimiento de la norma ambiental aplicable) y art. 12 bis de la LBGMA (toda DIA debe acreditar la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA) y señala que a partir de esta normativa la jurisprudencia del Tribunal Ambiental ha considerado que la carga de la prueba de que no se generan los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA reside en el titular y si no lo hace, corresponde entonces rechazar la RCA de la DIA del proyecto. Tras revisar el expediente de evaluación ambiental del proyecto, el Tribunal Ambiental constata que no se produce vulneración del principio de contradictoriedad como sostiene la resolución reclamada porque el titular tuvo todas las oportunidades que ofrece el SEIA

para subsanar las omisiones, errores o inexactitudes que contenía su caracterización del medio humano, como prueba que i) la propia resolución reclamada reconoce que la DIA contenía omisiones o inexactitudes en relación a las observaciones sobre el componente medio humano y que no fueron subsanadas durante el procedimiento de evaluación ambiental, por lo que las observaciones de los reclamantes fueron finalmente indebidamente consideradas en la RCA; esta falta de antecedentes para justificar adecuadamente las afectaciones sobre las comunidades mapuche fue planteada por el primer y segundo pronunciamiento de la CONADI, y después por el ICSARA y el ICSARA complementario. Es por ello, que el Tribunal concluye que como no se subsanaron los errores, omisiones o inexactitudes de las que adolecía la DIA, correspondía en conformidad con el art. 19 bis de la LBGMA anular el acto impugnado y rechazar la DIA. Por consiguiente, la decisión de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental es un acto ilegal que vulnera el art 19 bis de la LBGMA y, además, retrotrae la evaluación a una etapa no contemplada por la LBGMA y el RSEIA, lo que escapa de las competencias que el art. 30 bis de la LBGMA y el art. 59 de la LBPA otorgan a la autoridad administrativa⁴⁴⁸. Por consiguiente, el Tribunal Ambiental acoge la reclamación declarando que las observaciones sobre el medio humano indígena no fueron debidamente consideradas y la respuesta de la Administración tampoco se enmarcó dentro de la ley⁴⁴⁹.

Con respecto a la debida consideración de las observaciones sobre el componente fauna, el Tribunal Ambiental observa lo siguiente: i) no puede estimarse que el uso de datos no actualizados se encuentre justificado como sostiene el titular; ii) el pronunciamiento de la SEREMI de Medio Ambiente y ambos ICSARAS incidieron en la falta de información sobre el componente fauna, lo cual no permitía descartar la eventual afectación significativa en la cantidad y calidad de los recursos naturales de este componente; iii) la no subsanación de los errores, omisiones y/o inexactitudes de la DIA en relación al componente fauna durante el proceso de evaluación ambiental llevaron a que el Director Ejecutivo del SEA acogiera el recurso administrativo y solicitara al titular ampliar el área de influencia, reforzar muestreos, levantar nuevos antecedentes y hacer un nuevo estudio, lo que no fue correspondido por el deficiente informe de fauna terrestre presentado por el titular en el año 2019, el cual se limitaba a complementar monitoreos

⁴⁴⁸ Tercer Tribunal Ambiental, Sentencia Rol N° R-15-2020 (con acumuladas Rol R-16-2020, R-17-2020 y R-18-2020), de 20 de abril de 2022, considerando 39°.

⁴⁴⁹ Ibidem, considerando 40°.

anteriores. Por consiguiente, el Tercer Tribunal Ambiental estima que no hubo vulneración del principio de contradictoriedad como sostiene la reclamación recurrida porque el titular tuvo todas las oportunidades que el SEIA ofrece para subsanar la falta de información en el componente fauna y no lo hizo⁴⁵⁰, por lo que en conformidad con el art. 19, inciso 3º de la LBGMA correspondía anular la RCA y rechazar la DIA⁴⁵¹ y acoger las reclamaciones administrativas dado que las observaciones ciudadanas no fueron debidamente consideradas. De nuevo, el Tercer Tribunal Ambiental resalta que decisión del SEA de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental es ilegal porque infringe el art. 19 de la LBGMA y porque además retrotrae el procedimiento a una etapa no contemplada por la LBGMA y el RSEIA, lo que está fuera de las competencias de la autoridad administrativa contempladas en el art. 30 bis en relación con art. 20 de la LBGMA y el art. 59 de la LBPA⁴⁵².

En lo que concierne al principio de congruencia, el Tercer Tribunal Ambiental observa que el Director Ejecutivo del SEA habría advertido una supuesta vulneración al principio de contradictoriedad respecto del titular y sin poner en conocimiento de las partes esta cuestión para que pudieran formular sus alegaciones, la incorpora y resuelve como fundamento esencial para acoger parcialmente las reclamaciones administrativas y retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental, pronunciándose así sobre una cuestión conexa que no había sido planteada por ninguno de los interesados en los recursos⁴⁵³. De esta manera, el Tribunal Ambiental decide acoger también la reclamación mapuche de vulneración del principio de congruencia.

En lo que concierne a las alegaciones mapuche referentes a que la decisión del Director Ejecutivo del SEA vulneraba el principio de imparcialidad del art. 11 de la LBPA, el Tercer Tribunal Ambiental observa que la resolución reclamada del SEA presenta dos vicios esenciales del procedimiento en perjuicio de los reclamantes:

En primer lugar, la decisión del Director Ejecutivo del SEA de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental posibilita la inclusión de un tercer ICSARA complementario así como la presentación de una tercera ADENDA por parte del titular una vez que el procedimiento ya ha concluido con un acto terminal. De esta manera, se

⁴⁵⁰ Ibidem, considerando 48º.

⁴⁵¹ Ibidem, considerando 49º.

⁴⁵² Ibidem, considerando 50º.

⁴⁵³ Ibidem, considerando 55º.

agregan dos etapas no previstas en el procedimiento regular de evaluación ambiental que benefician al titular y vulneran la función de articular todos los intereses involucrados en el procedimiento en condiciones de igualdad. Además, el Tribunal Ambiental rebate la principal alegación del Director Ejecutivo del SEA para defender la imparcialidad de la resolución reclamada con el fundamento de que la nueva resolución siempre podría ser nuevamente impugnada por los reclamantes ya que el tribunal estima que dicha posibilidad no subsana el hecho de que se está dando un trato diferenciado y preferente a uno de los intereses involucrados en perjuicio de los observantes, vulnerándose así los principios de objetividad e imparcialidad del art. 11 de la LBPA.

En segundo lugar, el Director Ejecutivo del SEA no informa a los interesados de la cuestión conexa –supuesta vulneración del principio de contradictoriedad respecto del titular- que fundamenta su decisión de retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental a efectos de que puedan presentar las alegaciones y medios de prueba que estimen oportunos y que por tanto se traduce en un trato diferenciado en perjuicio de los observantes, vulnerándose así los principios de objetividad e imparcialidad exigidas en el art. 11 de la LBPA así como la exigencia de bilateralidad de todo procedimiento expresada en el principio de contradictoriedad del art. 10 de la LBPA.

Como resultado de estos vicios esenciales del procedimiento de evaluación ambiental, el Tercer Tribunal Ambiental resuelve acoger la reclamación mapuche respecto de la vulneración de la imparcialidad de la RCA.

Sin embargo, el Tercer Tribunal omite pronunciarse respecto de las reclamaciones mapuche que solicitaban que el proyecto ingresara mediante un EIA y requiriera la realización de una consulta previa con las comunidades mapuche porque estima que la falta de antecedentes esenciales de la DIA impide descartar o determinar los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA respecto del componente medio humano y fauna. De esta manera, el Tercer Tribunal Ambiental continúa manteniendo la certeza de la afectación significativa sobre las comunidades mapuche para la procedencia de la consulta previa.

2.3. Relevancia jurídica del caso.

En primer lugar, desde un enfoque estrecho de la movilización legal, cabe destacar que tal y como señala el abogado Antonio Madrid Meschi, es muy relevante el criterio

que utiliza el Tribunal Ambiental al considerar que “*habiendo sido posible por parte del titular durante el procedimiento de evaluación y en fase recursiva, ya que fue solicitado por los observantes y los organismos sectoriales, de incorporar la información significativa que faltaba en el procedimiento, no lo hizo; por lo tanto, lo que corresponde en ese caso no era retrotraer y dar una nueva oportunidad abriendo una etapa excepcional que no contempla realmente la normativa para la evaluación ambiental, sino que lo que correspondía era el rechazo del proyecto*” (Madrid 2022). De esta manera, la movilización legal mapuche consiguió merced al criterio alpicado por el Tribunal Ambiental que se rechazara el proyecto y fuera finalmente revocada la decisión de la autoridad administrativa (Cuadra-Montoya 2021b).

Desde un enfoque más amplio de la movilización legal, la movilización de las comunidades indígenas logra como en el caso de Doña Alicia tejer sinergias con otros actores presentes en el territorio, especialmente promotores turísticos locales y la ciudadanía, para construir alianzas y una fuerte oposición tanto en sede administrativa como judicial que consigue finalmente detener el proyecto (Epulef, citada por Cayumán, 2021; Cuadra-Montoya 2021a y 2021b), confirmándose una vez más la tesis de Jaccard de que esta es una categoría necesaria e imprescindible para el éxito de la movilización mapuche (Jaccard 2017). Es más, como señala Aduenza 2018, la red de alianzas que logra construir el movimiento mapuche en el caso de Llanquil es multiescalar y va más allá de actores locales para articularse también con redes regionales -preexistentes como la Red de Defensa de los Territorios o mediante la creación del Movimiento Ambiental Intercultural Cuenca del Trancura- e incluso nacionales como el Movimiento por el Agua y los Territorios. De esta manera (categoría *power-with dimension* de Dugard 2022), el movimiento opositor mapuche logra superar la atomización que caracteriza muchas de las luchas contra la proliferación a gran escala de PCHS (Aduenza 2018). A través de estas redes las comunidades mapuche afectadas por el proyecto logran superar las divisiones que intenta generar la empresa al interior de las comunidades y obtener apoyo legal, técnico y político, promoviéndose así una reinterpretación de los conflictos que padecen y una mayor sensibilización entre los comuneros de las posibilidades de reclamar el respeto por los derechos indígenas, lo cual se ha materializado en acciones como marchas, reuniones, ceremonias, difusión de vídeos en la red y programas propios en la radio local (categoría *power-to dimension* de Dugard 2022). Como bien explica Aduenza, el rol que juegan estas redes como espacios de difusión y convergencia de ideas entre los

diferentes grupos opositores al proyecto es clave para el empoderamiento del movimiento mapuche y la construcción de nuevas subjetividades, identificándose algunos puntos de encuentro en las críticas a la concepción hegemónica de desarrollo y la necesidad de recuperar la cultura, la identidad y los territorios indígenas (categoría *power-within dimension* de Dugard 2022). En este sentido, la lucha contra el proyecto hidroeléctrico en el Huife Bajo ha servido de catalizador para revalorizar y resignificar el hecho de ser mapuche y la memoria colectiva, lo que ha comportado a su vez un cambio en los significados y valores que el territorio tiene para sus habitantes. Ello es especialmente relevante para el caso de Pucón, donde la mayoría de familias mapuche son colonos y nunca tuvieron autonomía ni un vínculo con el territorio tan estrecho como las comunidades de otras latitudes, lo que les hacía más dóciles y dependientes de la municipalidad. Es desde esta resignificación de lo que significa ser mapuche para oponerse al proyecto hidroeléctrico y de la reflexión de la relación que se mantiene con el Estado que empieza a emerger el concepto de autonomía territorial en los discursos locales, que las jóvenes generaciones muestran un interés en recuperar la historia propia, fortaleciéndose así las relaciones intergeneracionales para tomar conocimiento de un territorio propio todavía no claramente delimitado. Es así que se redescubren dimensiones desconocidas de sus propias tierras, como que se trata de un territorio sagrado debido a la existencia de un espacio ceremonial –pampa del *nguillatuwe*- que se encuentra entre sus hogares y el río Liucura, de forma que se despierta el interés entre las familias mapuche en recuperar el espacio ceremonial y la celebración del *nguillatún* (Adueza 2018).

3. CH ALTO CAUTÍN.

3.1. Antecedentes.

3.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

Se trata de una central de pasada proyectada a unos 7 km al sureste de Curacautín sobre el camino que une esta ciudad con el Parque Nacional Conguillío en los faldeos del volcán Llaima y que fue propuesta por la empresa Agrícola Río Blanco S.A. con una inversión de 8,8 millones de dólares. La superficie intervenida por el proyecto alcanza las 15 ha durante la etapa de construcción y se reduce a 8,13 ha durante la etapa de operación (tomando en cuenta la extensión de la bocatoma o punto de captación de aguas, el canal de aducción, la cámara de carga y rápido, la tubería en presión, la casa de máquinas y la subestación eléctrica). Las obras de captación contemplan la intervención del cauce del río en toda su amplitud mediante una barrera fija de 36 m de longitud que permite captar hasta 24 m³/s considerando un caudal ecológico de 3,42 m³/s definido por la DGA. Las aguas captadas serán conducidas por un canal de aducción de 2,2 Km de longitud hasta la cámara de carga de sección rectangular, con una longitud horizontal de 574 m, desde donde una tubería de presión de 720 m de longitud conducirá el agua hasta las turbinas ubicadas en la casa de máquinas. Allí, dos turbinas tipo Francis de eje vertical, que en conjunto funcionan con una altura de caída de 34 m y un caudal de 24 m³/seg, permiten obtener una potencia instalada de la central de 6 MW. Asimismo, el proyecto considera la instalación de una subestación unitaria que transforme la tensión de generación de 3 kV, en la tensión de transmisión que será de 23 kV. Desde este transformador partirá la línea de 23 kV, que conectará con el sistema de distribución local. Sin embargo, esta línea no forma parte de la DIA y el proponente considera que en conformidad con lo establecido en el art. 3.b del D.S. 95/01 del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia (MINSEGPRES), ésta no requiere ser ingresada al SEIA. El trazado de la línea irá por terreno despejado, en dirección sur a norte, siguiendo el deslinde del predio, hasta llegar a la carretera pública de Curacautín a Conguillío. Luego seguirá en línea recta hacia el norte hasta conectar con la línea de 23 kV existente en el camino internacional Curacautín–Lonquimay. Aparentemente, también en este caso se fracciona el proyecto

hidroeléctrico y se consideran la central de generación eléctrica y las líneas por separado⁴⁵⁴.

Según pronunciamiento de la CONADI, en el plano presentado por el proponente se observa como la bocatoma y la descarga de las aguas se ubican dentro de comunidades indígenas, en concreto, en las comunidades indígenas Quilapi López, Venancio Huenchupan y Huentecol Cheuquepan, que colindan con el río donde se producirá la extracción y descarga de las aguas y, además, colindan con el predio en el cual se instalará la central, es decir, se encuentran dentro del área de influencia del proyecto⁴⁵⁵. Sin embargo, el titular sostiene lo contrario y que el proyecto se emplaza en predios no indígenas.

3.1.2. Tramitación Ambiental del Proyecto.

El proyecto ingresa al SEIA mediante una DIA el 28 de septiembre de 2005 para que sea evaluado por la CONAMA de la región de La Araucanía. En octubre de 2005 los diferentes OAECA emiten sus respectivos pronunciamientos, conformes la Subsecretaría de Energía, el SAG, el SEC, la CONAF, y con observaciones la SEREMI de Bienes Nacionales, la SEREMI de Agricultura, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH), la CONADI, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, el SERNATUR, la SEREMI de Salud y la DGA. Estas observaciones fueron recogidas en el primer ICSARA de 3 de noviembre de 2005 y a efectos de este estudio cabe destacar las observaciones del primer pronunciamiento de la CONADI, en donde se requiere al proponente i) la presentación de un catastro de las personas indígenas que están dentro del área de influencia del proyecto y que puedan verse afectadas en su salud, sistemas de vida, paisaje y costumbres en conformidad a lo estipulado por la Ley Indígena y las letras a) y c) del art. 11 de la LBGMA; ii) la presentación de información respecto de la existencia de lugares de significación cultural conforme a la letra f) del art. 11 de la LBGMA y la clarificación respecto de si se celebran ceremonias religiosas y culturales

⁴⁵⁴ Agrícola Río Blanco S.A. y Jaime Illanes y Asociados Consultores S.A. 2005. "Anexo a descripción del proyecto CH Alto Cautín", de 28 de septiembre. SEA, IX Región de La Araucanía: ICE de Impacto Ambiental de la DIA del Proyecto "CH Alto Cautín", de 22 de marzo de 2006.

⁴⁵⁵ CONADI, Oficio Ord. N° 0021, de 9 de Enero de 2006.

en el área de influencia del proyecto; y iii) la realización de instancias de participación con las comunidades indígenas conforme al art. 34 de la Ley Indígena⁴⁵⁶.

En su primera Adenda, el titular responde que no generará emisiones que puedan afectar a la población indígena presente en el área de influencia del proyecto, sostiene que el proyecto no genera ninguno de los efectos del art. 11 del RSEIA sobre la población indígena y señala que tanto la bocatoma como el punto de descarga se encuentran fuera de los límites de las comunidades indígenas, de manera que el proyecto se desarrolla íntegramente en terrenos propiedad del titular sin verse afectadas tierras indígenas conforme al art. 12 de la Ley Indígena. A efectos de acoger la solicitud de la CONADI, el titular informa que desarrollará una instancia de sociabilización del proyecto con toda la población colindante, la cual se realizará antes de dar inicio a la etapa de operación.

Ante la primera ADENDA del proponente de 28 de diciembre de 2005, se pronunciaron conformes el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, el SERNATUR, la DOH; con observaciones la DGA, la SEREMI de Bienes Nacionales, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y la SEREMI de Salud; e inconformes la CONADI y la SEREMI de Agricultura. Esta vez, en su segundo pronunciamiento, la CONADI observa que el titular no ha presentado ningún estudio que valore los efectos adversos en los sistemas de vida y costumbres de la población indígena y responde que está fuera de toda duda que las tres comunidades se encuentran dentro del área de influencia del proyecto. Ante la persistencia de los errores, omisiones o inexactitudes de la DIA presentada por el titular, la presencia de personas indígenas en el área de influencia del proyecto que pueden verse afectadas por el proyecto en sus sistemas de vida y costumbres conforme a las letras a) y c) del art. 11 de la LBGMA y la generación de los efectos, características o circunstancias contemplados en esta misma disposición, la CONADI requiere i) que el proyecto sea valorado por la COREMA a través de un EIA; ii) que la DGA valore las afectaciones para la población indígena y determine el riesgo de inundaciones sobre los terrenos indígenas colindantes; y iii) que se generen instancias de participación para recabar la opinión de la población indígena respecto a los usos de las aguas⁴⁵⁷.

En su segunda ADENDA de 1 de marzo de 2006, el proponente repite los mismos argumentos que en su ADENDA anterior sin aportar ninguna información nueva con

⁴⁵⁶ CONADI, Oficio Ord. N° 1055, de 18 de Octubre de 2005.

⁴⁵⁷ CONADI, Oficio Ord. N° 0021, de 9 de Enero de 2006.

respecto a lo requerido por la CONADI, de forma que finalmente, la CONADI es el único OAECA que se posiciona inconforme con el proyecto⁴⁵⁸. Sin embargo, la RCA de la COREMA de la región de La Araucanía no comparte las observaciones de la CONADI, considera que el titular ha demostrado que el proyecto no produce ninguno de los efectos, características o circunstancias mencionados en el art. 11 de la LBGMA, motivo por el cual procedía presentar una DIA, y esta finalmente es calificada favorablemente por la COREMA de la región de La Araucanía el 22 de marzo de 2006⁴⁵⁹.

3.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

3.2.1. Alegaciones del recurso de protección mapuche ante la Corte de Apelaciones de Temuco.

El 28 de julio de 2014 las abogadas Manuela Royo Letelier y Millaray Caniuman Ancalef, en representación de Juan Ramón López López, presidente de la comunidad indígena Quilape López, deducen recurso de protección en contra del SEA de la Región de la Araucanía y la empresa CH Alto Cautín S.A.

Los recurrentes fundamentan su acción en dos hechos: en primer lugar, la tala ilegal de árboles nativos en territorio indígena, en particular, la tala de la especie “*Laurelia philippiana* Looser”, también denominada Tapa o Huahuen, especie que está en categoría de conservación, acción que habría sido desarrollada por la empresa Sociedad Río Blanco para dar inicio a la construcción de la CH Alto Cautín y que contraviene el párrafo 4º de la RCA n° 59/2006 que establece que “*el titular deberá cumplir con todas y cada una de las exigencias y obligaciones ambientales contempladas en la DIA y en sus Adendas*”; en segundo lugar, la CH habría obtenido una RCA favorable merced a una DIA que desconocía el carácter indígena del territorio, omitía varios antecedentes, vulneraba DF de la población mapuche colindante que se encuentra dentro del área de influencia del proyecto y fue aprobada sin que el proyecto hubiera sido objeto de consulta previa con la

⁴⁵⁸ CONADI, Oficio Ord. N° 0309, de 7 de marzo de 2006.

⁴⁵⁹ COREMA región de La Araucanía: Res. Ex. N° 59, de 22 de Marzo de 2006. La COREMA entiende que en el expediente se ha probado que i) el proyecto no genera emisiones ni residuos que puedan afectar a las comunidades mapuche; ii) que tanto la bocatoma como la descarga se encuentran fuera de los límites de las comunidades indígenas; iii) que el certificado arqueológico explicita que en el terreno donde se emplazará el proyecto no se encontraron elementos culturales (arqueológico-históricos) o paleontológicos, ni elementos patrimoniales de carácter antropológico propios de la cultura mapuche como *nguillatuwe*, *paliwe*, *eltun*, *trayentu* o *pitrantu*; y iv) que el titular realizará una instancia de sociabilización del proyecto con la población colindante antes de dar inicio a la etapa de operación afín de recabar su opinión respecto a las potenciales afectaciones en conformidad con el art. 34 de la Ley Indígena.

población mapuche y ni tan solo comunicado a los recurrentes. Los recurrentes estiman que la tala de árboles nativos en territorio indígena y el desconocimiento del carácter indígena del territorio por parte de la DIA y la RCA n° 59/2006 suponen una vulneración del derecho a la libertad de culto (art. 19.6 de la CP), del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19.8 de la CP) y del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19.2 de la CP) de las comunidades mapuche.

En cuanto a la vulneración del derecho a la libertad de culto, los recurrentes aportan el peritaje antropológico de la profesora Ana Cortez como elemento de prueba para informar a los magistrados respecto de la especial significación que tiene el río para la cosmovisión y la religiosidad mapuche y como su intervención mediante la construcción de la CH supondría una transgresión al derecho de la comunidad indígena Quilape López a desarrollar sus manifestaciones religiosas, espirituales y culturales, ya que ocasionaría la huida de los *ngen* de esos espacios naturales, la pérdida del equilibrio con que los mapuche tienen que vivir con todos los seres y fuerzas que componen el macrocosmos, la llegada de enfermedades y muerte, y la imposibilidad de que en el *nguillatun*, *llelipun* y otras ceremonias los *ngen* puedan acudir a las llamadas de quienes los invocan. Por su parte, el peritaje del geógrafo Pablo Mansilla identifica además varios espacios de significación cultural que serían directamente afectados por la CH, como dos *ngen*, un *kudi* (piedra para moler) que indica presencia de antiguos asentamientos mapuche en temporadas de veraneada, *menokos* donde se realiza el *llelipun* (rogativas), varios *eltun* (cementeros a menos de 1 km del emplazamiento de la central), *lawen*, *ngen* del bosque nativo y *nguillatun*. Los recurrentes estiman que la tala de bosque nativo sin autorización de la CONAF en territorio sagrado mapuche supone una vulneración de la garantía constitucional a la libertad de culto y del Convenio 169 de la OIT que exige respetar la cosmovisión y la religiosidad indígena⁴⁶⁰.

En cuanto a la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los recurrentes argumentan que i) la tala ilegal de especies nativas que forman parte del espacio donde habitan los *ngen* produce una afectación al medio ambiente entendido como un sistema global que incluye los elementos socioculturales y sus interacciones tal y como reconoce el art. 1 de la LBGMA y constituye además una grave agresión a uno de los últimos bastiones de especies nativas existentes en la región;

⁴⁶⁰ Los recurrentes sostienen que el informe de la CONADI y la denuncia ante el Juzgado de Policía Local prueban la ilegalidad de las actividades de tala de bosque nativo realizadas por la empresa.

y ii) la construcción de la CH comportará que un tramo de 5 km del río se seque y que se devuelva agua contaminada al curso fluvial, provocando así la extinción del *lawen*.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, los recurrentes denuncian que la DIA fue aprobada de manera inconsulta por desconocer a las comunidades indígenas del territorio y no reconocer los impactos significativos del art. 11 de la LBGMA que el proyecto ocasiona sobre estos grupos, especialmente en lo que concierne a sus sistemas de vida y costumbres y al medio ambiente en el que viven. Es interesante como los recurrentes señalan que a pesar de que cuando se aprobó el proyecto (2006), el Convenio 169 de la OIT no estaba vigente en Chile, en cambio, los efectos del proyecto sí serían actuales (e incluso futuros), por lo que debería operar la normativa vigente, incluyendo los procesos de consulta previa que contempla el Convenio 169 de la OIT a efectos de identificar los impactos presentes y futuros del proyecto hidroeléctrico y adoptar las medidas de mitigación, reparación y compensación a las comunidades afectadas. Fundamentan esta petición en lo referido por el Relator Anaya en su informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de abril de 2009: *“los proyectos ya en marcha de extracción de recursos naturales, industriales y de infraestructuras, obviamente tienen efectos actuales y futuros en las vidas de las comunidades en las zonas de estos proyectos. Por lo tanto, las normas internacionales actualmente vigentes son aplicables por lo menos en relación con aquellos impactos actuales y futuros de estos proyectos, tanto privados como estatales [...] Por lo tanto, en el caso de proyectos ya en marcha deben aplicarse procesos de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, con respecto a sus impactos actuales y futuros, y tomarse todas las medidas de mitigación de impactos, reparación, y justa compensación a las comunidades afectadas. Asimismo, estas normas deben guiar al Estado en relación con futuros proyectos de inversión en el país que puedan afectar a los pueblos indígenas”* (Anaya 2009b). Además, los recurrentes denuncian que ni tan solo se habrían realizado instancias de participación conforme al art. 34 de la Ley Indígena, situación que ya habría sido señalada por los pronunciamientos de la CONADI y que suponía una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley de las comunidades concernidas.

Los recurrentes argumentan que tuvieron conocimiento de las acciones de la empresa por la vía de los hechos consumados cuando el día 27 de junio de 2014 se percatan de que una máquina “chipera” estaba procesando maderas de árboles nativos a

escasos metros de la comunidad indígena y remarcan que inmediatamente procedieron a realizar una ocupación pacífica de los terrenos para manifestar su oposición a la tala de los árboles nativos en territorio mapuche debido a que estas especies tienen una relevante significación cultural para su cosmovisión y que se movilizaron asimismo para presentar esta acción de protección.

La estrategia judicial de los recurrentes mapuche pasa por los siguientes objetivos:

En primer lugar, demostrar la territorialidad indígena del lugar donde se emplaza el proyecto sosteniendo que se trata de tierras donde viven y trabajan las comunidades, donde recolectan sus plantas medicinales y realizan ceremonias, y por donde se han desplazado durante años.

En segundo lugar, demostrar las omisiones e inconsistencias relevantes de la DIA y la RCA, que les llevan a defender que no hay afectación a las comunidades indígenas y vulnerar tratados internacionales, y que se manifiestan en: a) el desconocimiento del carácter indígena del territorio, al afirmar que no se produce afectación a población protegida ni se amenaza el patrimonio cultural o paleontológico en base al estudio antropológico presentado por el titular; b) la afectación de las comunidades colindantes por la línea de alta tensión (comunidades indígenas Quilape López y Huentecol Cheuquepan); c) la omisión de información sobre la localización de comunidades mapuche ubicadas en predios inmediatamente adyacentes. A este respecto, el peritaje del geógrafo Pablo Mansilla evidencia que el proyecto se encuentra colindante a dos comunidades mapuche, al este con el *lof* Benancio Huenchupan y al oeste con el *lof* Quilape López, y un poco más distante al área de emplazamiento del proyecto, se encuentra el *lof* Huentecol Cheuquepan, por lo que estima que las áreas de influencia definidas por la DIA son absolutamente cuestionables (en lo referido al análisis arqueológico); d) la adquisición mediante permuta por parte de la empresa de las tierras indígenas donde se instalará la sala de máquinas y su correspondiente contrato no modifican la calidad indígena de la tierra; e) la vinculación directa del territorio con las comunidades mapuche, tanto en la esfera económica como sociocultural, y que sustentan en un peritaje antropológico realizado por Ana Cortés y en el cuestionamiento que realiza el geógrafo Pablo Mansilla de la metodología utilizada por la consultora del proponente para definir los impactos sociales y económicos, ya que trabaja con escalas de baja precisión y corresponde a una caracterización comunal y no a un análisis que contemple de forma íntegra las relaciones geográficas; f) las afectaciones al caudal (que se reduce

en un 90% entre la bocatoma y la sala de máquinas), la flora, la fauna, el ecosistema y la preservación del paisaje; g) la existencia de bosque nativo en el área de emplazamiento del proyecto, demostrado mediante peritaje del geógrafo Pablo Mansilla; h) la necesidad de contar con un PAS favorable para eliminar vegetación nativa de acuerdo a lo que dispone el art. 102 del D.S. 95 de 2001, lo que hace que la conducta de la empresa sea arbitraria e ilegal por talar árboles sin la autorización correspondiente y además vulnera la Resolución n° 59 del SEA relativa a que el concepto de bosque debe incluir los arbustos y especies que crecen bajo los árboles; i) la tala indiscriminada comporta la pérdida no solo de especies arbóreas sino también de gran diversidad de especies que crecen bajo los árboles y que en muchas ocasiones constituyen los remedios del pueblo mapuche; y j) la pérdida de la masa forestal comporta a su vez la erosión del suelo.

En tercer lugar, probar el incumplimiento de la RCA por medio de la tala de la especie nativa “*Laurelia philippiana*” que está en categoría de conservación y se encuentra entre los árboles que los mapuche usan como *lawen* (medicina), ya que el titular del proyecto se había comprometido con la autoridad ambiental a no intervenir ninguna especie protegida y en cambio ha procedido a la tala de árboles nativos sin haber obtenido la autorización correspondiente.

En base a estas consideraciones, los recurrentes mapuche solicitan a la Corte de Apelaciones de Temuco que el proyecto ingrese al SEIA mediante un EIA en conformidad con la normativa ambiental vigente⁴⁶¹ y el Convenio 169 de la OIT, deje sin efecto la RCA reclamada y adopte las medidas cautelares necesarias para evitar la vulneración de las garantías constitucionales referidas, requiriendo particularmente del tribunal una orden de no innovar al titular del proyecto para que se suspendan las obras de tala de bosque nativo y de construcción de la CH Alto Cautín que habría sido

⁴⁶¹ Los recurrentes entienden que el proyecto i) altera significativamente los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas (art. 7 del RSEIA), especialmente en lo que concierne a las siguientes letras de esta disposición: a): “*intervención, uso o restricción al acceso de los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo o para cualquier otro uso tradicional, tales como uso medicinal, espiritual o cultural*); b): “*obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento*” y d): “*dificultad o impedimento para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo o la cohesión social del grupo*”; y ii) que genera los efectos, características o circunstancias del art. 8 del RSEIA (localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar).

ilegalmente aprobada por la RCA n° 59/2006 y evitar así que se vulneren de manera irreversible los derechos constitucionales de los recurrentes y de todos los afectados⁴⁶².

3.2.2. Alegaciones del titular.

El titular sostiene que la acción de protección es extemporánea por tres razones: primero, la interposición del recurso de protección contra la RCA tiene lugar 8 años después de su dictación; segundo, los recurrentes tardan más de 30 días corridos en interponer el recurso desde que tienen conocimiento de los hechos relacionados con la tala de árboles nativos; y tercero, los recurrentes pretenden que se implemente el ejercicio de la consulta previa con las comunidades indígenas cuando en el momento de ser evaluado y calificado el proyecto todavía el Convenio 169 de la OIT no estaba vigente en Chile.

Además, precisa que hubo un cambio del titular de la RCA⁴⁶³, pasando de Agrícola Río Blanco S.A. a Hidroeléctrica Alto Cautín S.A., y que el lote donde se ha producido la tala de vegetación fueron arrendados por la segunda a la primera junto con sus DAA para fines de explotación agrícola, ganadera, pecuaria y/o silvopastoreo; que la empresa arrendadora le pidió a la arrendataria que solicitara a la CONAF el plan de manejo forestal que autorizara el corte de zarzas, maqui, lloime, michay y mosqueta; y que el 4 de junio de 2014 la CONAF habría autorizado el plan de manejo de nativo⁴⁶⁴, de forma que las labores de tala y silvopastoreo realizadas serían legales por ser autorizadas por la CONAF, no tendrían relación con la RCA que autorizaba la construcción de la CH ni con el inicio de las obras hidráulicas, no se desarrollan en terrenos indígenas y no se vulneran garantías constitucionales de la población mapuche. Consecuentemente, el titular solicita al tribunal que no deje sin efecto la RCA, rechace el recurso, añadiendo por último, que la oposición comunitaria y la ocupación de los terrenos no habría sido pacífica según consta en Carabineros de Chile.

⁴⁶² La solicitud de la orden de no innovar se fundamenta en que se cumplen los presupuestos básicos de *fumus bonijuris* (verosimilitud acerca del “humo de buen derecho” de las pretensiones del recurrente) y *periculum in mora* (peligro en la mora).

⁴⁶³ COEVA de la Región de la Araucanía, Res. Ex. N° 26/2013, de 7 de febrero de 2013.

⁴⁶⁴ CONAF, Resolución 26/33-17/14-C, de 4 de junio de 2014. “Plan de Manejo Forestal de Bosque Nativo”, predio Río Blanco Lote 1, propiedad de Hidroeléctrica Alto Cautín S. A. <https://www.conaf.cl/cms/editorweb/transparencia/2014/Planes-LBN.html>.

3.2.3. Alegaciones del SEA.

El SEA sostiene que el recurso de protección debe ser rechazado debido a las siguientes consideraciones: i) falta de legitimidad pasiva de uno de los recurridos ya que el SEA y la COREMA son órganos distintos y el recurrente dirige la acción contra el SEA mientras en su escrito se dirige contra la COREMA, reconociendo así que el acto recurrido no fue dictado por el SEA; ii) extemporaneidad del recurso al ser presentado 8 años después de la notificación de la RCA; iii) el recurso es ejercido como acción popular y la recurrente (persona jurídica) no es titular del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ni tampoco explica de qué modo le afecta el proyecto; iv) corresponde a la SMA supervisar que se cumplen las normas y condiciones con que se aceptó la DIA; v) el recurso de protección no es la vía adecuada para impugnar una RCA que dice que se cumple con la normativa ambiental y no se generan efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA; vi) improcedencia de la consulta ya que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en Chile con posterioridad a la aprobación de la RCA; vii) inexistencia de algún acto u omisión arbitraria o ilegal imputable al SEA y en todo caso no genera afectación de garantías constitucionales; viii) la DIA y la RCA cumplen con la normativa ambiental y están debidamente fundamentadas ya que no se generan los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA dado que la totalidad del proyecto se desarrolla en terrenos no indígenas propiedad del titular del proyecto; ix) inexistencia de bosque nativo y cumplimiento del art. 102 del D.S. 95/2001 según información proporcionada por el titular y validada por la CONAF en el Oficio n° 1673, de 25 de octubre de 2005.

3.2.4. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.

Tras recordar que los requisitos para la admisibilidad del recurso de protección son la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario y que vulnere alguna de las garantías del art. 19 de la CP, la Corte de Apelaciones de Temuco resuelve que tienen razón las recurridas al alegar la extemporaneidad de la acción constitucional y que la RCA se ajustó a la normativa vigente en su momento y no puede pretenderse que el proyecto se someta a una reevaluación porque ello provocaría una situación de inseguridad jurídica. Y, además, añade que si se dieran incumplimientos respecto de las condiciones de la RCA, correspondería interponer las denuncias pertinentes ante los OAECA o la SMA para hacer valer sus derechos. Si fuera el caso de tala ilegal de bosque nativo,

correspondería entonces denunciar ante la CONAF. El tribunal fundamenta su decisión en el N° 1 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, el cual establece un plazo de 30 días corridos desde que tiene lugar el acto u omisión arbitrario, treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos. En consecuencia, la Corte de Apelaciones de Temuco rechaza el recurso de protección por extemporáneo al haber transcurrido más de 8 años desde su dictación y estima que no procede pronunciarse respecto de los demás aspectos formales y el fondo del recurso⁴⁶⁵.

3.3. Relevancia jurídica del caso.

Desde un enfoque estrecho, podría considerarse que la judicialización del caso tuvo unos resultados adversos ya que las demandas mapuche no fueron acogidas por el tribunal debido a la extemporaneidad de la acción⁴⁶⁶ a pesar de que el proyecto de la CH Alto Cautín *“sí estaba en el lugar donde están las comunidades y [...] sí que efectivamente estaba ahí y poco menos que pasaba por entre medio de la comunidad, que además fue un proyecto que se aprobó sin consulta indígena, sin participación ciudadana, sin nada”* (Múñoz 2017). En este sentido, no solo el titular y la autoridad ambiental manifestaron una mirada estrecha de la territorialidad indígena, sino que además el proyecto fue aprobado por la COREMA de la región de La Araucanía contraviniendo el pronunciamiento inconforme de la CONADI y amparando el fraccionamiento del proyecto hidroeléctrico al someterse el procedimiento de evaluación ambiental de la central de generación eléctrica por separado de la línea de transmisión.

Sin embargo, esta experiencia adversa con el proceso de evaluación ambiental y el litigio quedan matizados cuando se analiza la movilización legal desde una perspectiva más amplia. En primer lugar, la movilización legal indígena sirvió para que las comunidades también dijeran *“aquí hay que organizarse para que no las pasen, lo que pasó con Alto Cautin, que finalmente a espaldas nuestras se aprobó un proyecto que está en nuestras narices”* (Múñoz 2017). De esta manera, esta experiencia previa fue la que sirvió de aprendizaje para mejorar y fortalecer las estrategias de la movilización indígena

⁴⁶⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol Protección N° 2298-2014, de 14 de octubre de 2014.

⁴⁶⁶ No obstante, la estrategia de litigio sí que sirvió para que el 1 de agosto de 2014 la Corte de Apelaciones de Temuco adoptara como medida cautelar la suspensión de la ejecución de las obras de la CH mientras el proceso judicial estuviera en curso.

para la defensa del territorio de Curacautín y del río Cautín y que culminaron unos años más tarde con el éxito en el caso de la oposición a la CH Doña Alicia (Muñoz 2017).

En segundo lugar, la movilización legal indígena se fortaleció también por medio del acercamiento a otros sectores de la población de Curacautín, principalmente organizaciones ambientalistas como Curacautín sin Represas, el Movimiento Ciudadanía Consciente o Vive Curacautín (Correa 2014), por ejemplo, mediante la convocatoria a *Xawün* en el mismo lugar donde se quería instalar la central a orillas del Río Cautín y donde se reunieron algunos de estos actores para definir las acciones a desarrollar para oponerse al proyecto (Melín et al. 2017). Además de manifestaciones conjuntas, la población mapuche realizó una ocupación de los terrenos donde se estaba talando la vegetación nativa por parte de la Sociedad Agrícola Río Blanco. Estas acciones contribuyeron de alguna manera a que el titular tuviera que posponer el inicio de las obras de construcción de la central y a que finalmente no pudiera acreditar ante la autoridad ambiental que realmente había dado inicio a las obras (Jofré 2017)⁴⁶⁷. De esta manera, finalmente la COREMA dio por desistido el proyecto al haber vencido el plazo fijado por la normativa ambiental para iniciar las obras de una RCA⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Jenia Jofré apunta a que “*sucedieron dos cosas simultáneamente: la empresa se demoró mucho en comenzar el inicio del trabajo, prácticamente lo empezó en el límite, tenía temor, no estaba seguro, en fin; y de pronto, cuando ya inician la tramitación, las comunidades interpusieron un recurso de protección y además hicieron manifestaciones aledañas en el territorio y mientras tanto pasó el tiempo y en pocos meses después [...] se le venció el plazo*” (Jofré 2017).

⁴⁶⁸ SEA, Dirección Ejecutiva, Res. Ex. N° 0489, de 15 de abril de 2016. El art. 4° transitorio del RSEIA dispone que “*los proyectos o actividades calificados favorablemente con anterioridad al 26 de enero de 2010 y que no se hubiesen ejecutado, deberán acreditar ante el SEA, antes del 26 de enero de 2015, las gestiones, actos o faenas mínimas que permitan constatar el inicio de la ejecución del mismo, sujeto a las consecuencias señaladas en el art. 25 ter de la LBGMA*. Por su parte, el inciso 1° del art. 25 ter de la LBGMA establece que “*la resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, contado desde su notificación*”. En base a estas disposiciones y a pesar de los reiterados intentos por parte del titular para demostrar el inicio de la ejecución del proyecto, el SEA considera que las gestiones, actos, obras o faenas realizadas no eran suficientes para dar por acreditado el inicio de la ejecución del proyecto de manera sistemática, ininterrumpida y permanente, por lo que resolvió tener por desistido el proyecto CH Alto Cautín. En carta de 20 de octubre de 2014, el titular había referido la solicitud de conexión a la empresa Frontel, la solicitud de pronunciamiento de la COEVA respecto de las modificaciones relacionadas con las obras de captación y la restitución aerofotogramétrica del terreno para el desarrollo del proyecto. Posteriormente, en 2016, el titular desarrolla los siguientes antecedentes para justificar el inicio de las obras: solicitud de constitución de DAANC a la DGA en el año 2001; encomendación de un estudio de prefactibilidad a la consultora de ingeniería hidráulica EMIN; ingreso mediante una DIA al proceso de evaluación ambiental (2005); contratación de la empresa EDIC para realizar un estudio de ingeniería más completo, que incluye parte de la ingeniería de base (2006); contratación de la consultora Swiss Hydro para elaborar y desarrollar la ingeniería básica del proyecto e iniciar un proceso de licitación de obras civiles y suministro de equipos (2008); incremento sustantivo en los presupuestos de construcción y fuerte deterioro de las condiciones de financiamiento como resultado de la crisis económica global, lo que obliga a la empresa a esperar indicadores económicos que permitieran obtener el financiamiento requerido en mejores condiciones crediticias para hacer el proyecto

El desistimiento de la central por parte de la autoridad ambiental fue entendido como un gran éxito por parte de los movimientos opositores: para el movimiento mapuche, es una demostración que los proyectos hidroeléctricos pueden detenerse por la vía de los hechos y con acciones de protesta social (Alianza Territorial Mapuche 2015) y la movilización conjunta de las comunidades por la defensa de los derechos al territorio (Melín et al. 2017). Así, las comunidades de Curacautín expresaron que *“la constante acción y presión de los lof del territorio y los amigos y amigas no mapuche del sector lograron que hoy se declare el desistimiento del proyecto aprobado en 2006 por el SEA, tras cumplir todos los plazos para empezar la construcción de la central”*. Este hecho, según las comunidades, *“es un ejemplo claro de que la fuerza social es el mecanismo para detener la invasión hidroeléctrica”* (El Ciudadano 2016; Hernández 2016). También desde el movimiento ambientalista se comparte esta opinión. Sebastián Sepúlveda, de la organización Vive Curacautín destacaba que los resultados de la movilización legal para hacer frente a la minicentral Alto Cautín supusieron un triunfo significativo de los movimientos sociales frente al aparato del Estado en el sentido de que *“dentro del SEIA en escasas ocasiones se han revertido procesos en donde ya están prácticamente aprobados los proyectos [...] y ésta, sería la segunda o la tercera en que se da vuelta a la posición original del Estado”* (El Ciudadano 2016; Hernández 2016).

financieramente viable; solicitud de constitución de nuevos DAANC para el proyecto (2011); contratación de un estudio de ingeniería al Sr. Fernando Baraona para conocer el aprovechamiento más eficiente de los recursos hídricos (2012); carta de pertinencia al SEA solicitando modificar la bocatoma (2013); cambio de la titularidad del proyecto para separar la actividad agrícola de la generación eléctrica debido a la oposición de los comuneros mapuche; contratación de la consultora Hoemann-Stagno para evaluar las adaptaciones que requerirían las obras civiles y sus costos (2013); contratación de la consultora Gestión Social para realizar un estudio y mapeo de los grupos de interés; contratación del ingeniero Felipe García para realizar un estudio de la viabilidad de conexión e inyección de la energía generada y los costos de inversión de cada una de las opciones (2013); toma del inmueble donde se proyecta la central por parte de comuneros mapuche (2014); recurso de protección en contra de la empresa agrícola Río Blanco S.A. y orden de no innovar respecto de las gestiones, actos o faenas mientras se tramita el recurso por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco (2014); petición de la empresa de que se deje sin efecto la orden de no innovar, solicitud que fue rechazada por el tribunal de manera que la orden estuvo vigente hasta que el tribunal resolvió por unanimidad rechazar el recurso de la comunidad mapuche Quilape López; generación de un ambiente de diálogo con la población local a efectos de promover un proyecto vinculado con actividades agrícolas y plantaciones de hierbas medicinales; inversión realizada de 1.359.292.802 pesos, cantidad que equivale al 28,66% del total de la inversión originalmente estimada y declarada en la DIA.

4. CH EL RINCÓN.

4.1. Antecedentes.

4.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

El proyecto consiste en la construcción y operación de una CH de pasada en el cauce del río Triful Triful, ubicado mayoritariamente en el Fundo el Rincón a unos 3 km al este de la ciudad de Melipeuco. El proyecto ingresa al SEIA mediante un EIA a propuesta de la empresa Ingeniería y Construcción Madrid S.A. y prevé una inversión de 24 millones de dólares. La superficie intervenida por el proyecto alcanza las 4,62 ha durante la etapa de construcción y se reduce a 2,43 ha durante la etapa de operación.

Las obras de captación de las aguas consisten en la construcción de una bocatoma compuesta por una barrera y una obra de toma lateral, con una amplitud de 30 m (ancho del río a la altura de la bocatoma es de 21-25 m), que permitiría capturar hasta 38 m³/s, considerando un caudal ecológico de 10,34 m³/s –posteriormente sería incrementado como medida de mitigación hasta 11 m³/s a instancias de la DGA. Las aguas captadas serán conducidas por un canal de aducción de 1.050 m de longitud hasta una cámara de carga con una sección rectangular variable, con un ancho de 5,7-7 m y una longitud de 30 m, desde donde una tubería de presión o *penstock* subterráneo de 1.560 m de largo conducirá las aguas hasta las turbinas de la casa de máquinas. Allí, dos turbinas tipo Francis, que funcionan con un caudal de 38 m³/seg, permiten obtener una potencia instalada de la CH de 11 MW. El agua turbinada es devuelta al río a través de un canal de restitución de 60 m de longitud. El cauce del río que vería reducido su caudal sería de 2,5 km de longitud.

La central se conectaría a la línea de transmisión de 110 kV en postes de hormigón que se construirá entre Freire-Melipeuco. La subestación de subida a la línea de 110 kV, se emplaza a 30 m de la casa de máquina, y específicamente se ubica en el mismo Lote (Lote A-1-A, propiedad Rol: 306-252, que es propiedad de Ingeniería y Construcción Madrid S.A.). Esta conexión corresponde a una línea de solo 60 m. El trazado de esta conexión no corresponde a una línea de transmisión, sino meramente a una conexión en baja tensión, ya que va desde el patio de la casa de máquinas donde la tensión será 13 KV o 23 KV al transformador de 23 kV/110 kV que se emplaza en la misma subestación.

El titular del proyecto en su EIA reconoce los siguientes lugares de significación cultural en las cercanías del proyecto: *trayenko* "Truful Truful" (a 200 m aguas arriba); sitio gruta Huellerupe (a 500 m); cementerio local Alpehue (a 1.200 m); sitio guillatue del sector Melipeuco (a 1.340 m); sitio guillatue del sector Sahuelhue (a 1.400 m); sitio ceremonial "La Piedra" (a 2.000 m); sede de la comunidad Melivilu Melirayen (a 2.400 m); sitio guillatue sector Alpehue (a 4.500 m); y sitio guillatue del sector Tracura (a 6.400 m)⁴⁶⁹.

La distancia de las comunidades indígenas más cercanas al emplazamiento del proyecto en orden ascendente sería la siguiente: Juan Meli: a 817 m; Cahuenpilli: a 950 m; Andrés Huenupi: a 1.500 m; Juan Pichintrur: a 1.500 m (no es comunidad con personalidad jurídica, solo dispone de títulos de merced); Esteban Trecamán: a 2.041 m; Melivilu Meli Rayen, con varios títulos de merced: Melivilu Meli Rayen a 2.114 m, Bernardino Jaramillo a 2.484 m, Higinio Zenón Melivilu a 2.710 m, Francisco Zenón Melivilu a 3.413 m, Pascuala Jaramillo a 3.917 m, Antonio Melivilu a 3.146 m; Nicolás Huenchumán I: a 3.162 m; Nicolás Huenchumán II: a 3.162 m; Francisco Ovando: a 4.146 m; Painetru Sahuelhue: a 5.140 m; Esteban Traipe: a 5.140 m; Martín Juanico Lepin: a 5.727 m; Juan Bautista Huichapán: a 10.451 m; y Tranol Alonso: a 10.451 m⁴⁷⁰.

4.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.

El proyecto ingresa al SEIA mediante una EIA el 23 de diciembre de 2013 para que sea evaluado y calificado por la COEVA de la región de La Araucanía. Entre finales de enero y febrero de 2014 los diferentes OAECA emiten sus respectivos pronunciamientos: conformes la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), la SEREMI de Energía, la SEREMI de Bienes Nacionales, la SEREMI de Agricultura, y con observaciones el SAG, la DGA, la SEREMI de Salud, la SEREMI Medio Ambiente, el Consejo de Monumentos Nacionales de Chile (CMN), la DOH, la CONAF, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, el SERNATUR, la CONADI y la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, así como la Ilustre Municipalidad de Melipeuco.

⁴⁶⁹ Anexo N° 2.25. Plano de Comunidades, EIA de la CH Rincón.

⁴⁷⁰ Capítulo 3 del EIA: "Descripción de aquellos efectos, características o circunstancias del Art. 11 de la Ley".

Estas observaciones fueron recogidas en el primer ICSARA de 23 de abril de 2014 y a efectos de este estudio cabe destacar las observaciones del primer pronunciamiento de la CONADI, en donde se requiere al proponente: i) identificar las comunidades indígenas que hacen uso cultural del río Triful Triful entre el *trayenko* y la restitución proyectada, indicando tipo de uso, su habitualidad y quienes lo realizan (autoridades tradicionales, personas, familias, etc...), señalando además los ciclos continuos en que dicho uso se realiza y si han existido interrupciones que han afectado estos ciclos; ii) realizar un catastro de las viviendas más cercanas al proyecto habitadas por población mapuche y establecer su relación cultural y/o económica con el tramo del río ubicado entre el *trayenko* y la restitución proyectada; iii) identificar a la población mapuche que realiza actividades turísticas entre el *trayenko* y la restitución proyectada, señalando la infraestructura asociada, tipo de actividad desarrollada, coordenada UTM en donde se realiza dicha actividad, indicando además la periodicidad de dicho uso y la relación con las obras del proyecto en la etapa de construcción y operación. Respecto a las medidas de mitigación, reparación y compensación, la CONADI solicita al proponente que el plan de construcción de un centro turístico -tipo de obras, diseño y ubicación- sea consensuado con las comunidades. Asimismo, solicita diseñar un plan específico para mitigar la afectación cultural que supone la instalación de las obras del proyecto de manera tan cercana a un espacio de significación cultural como el *trayenko* Triful Triful⁴⁷¹.

En su primera Adenda, el titular responde que: i) miembros de las comunidades indígenas Melivilu Melirayén, Juan Meli, Esteban Trecamán y Esteban Traipe hacen un uso cultural del río Triful Triful y participan en la realización de diferentes ceremonias y rogativas, como *llepupes*, *nguillatunes* o la celebración del *Wetripantu*. También participan en las ceremonias miembros de otras comunidades indígenas de Melipeuco y personas especialmente invitadas. El *nguillatuwe* se localiza en una explanada ubicada en el sector de salida del pueblo de Melipeuco, al costado sur de la ruta S-61 Melipeuco– Conguillío, y se ubica a una distancia de 1.340 m del punto de restitución de las aguas; ii) si bien los usos culturales del río Triful Triful se asocian a la realización de ceremonias, no se puede precisar con exactitud el lugar donde se hace uso del agua ya que se valora al río como un todo, como un *ngen*. Sin embargo, se expresa que el mayor poder del río estaría concentrado en el *trayenko*, lugar donde el río tiene más fuerza

⁴⁷¹ Conadi, Oficio Ord. N° 104, de 7 de febrero de 2014.

y donde abunda el *lawen*; iii) autoridades tradicionales como los *lonkos* son los encargados de convocar y presidir ceremonias como los *nguillatunes* y la celebración del *Wetripantu*. Otras ceremonias como los *llellipunes* se realizan por personas mapuche miembros de comunidades indígenas. Además, muchas *machis*, acuden al río Truful Truful para obtener su medicina, si bien no es posible establecer la frecuencia de este uso cultural. En el caso de los *nguillatunes* poseen una periodicidad de dos años, mientras que la celebración de *Wetripantu* se desarrolla una vez al año y los *llellipunes* se realizan dependiendo de las necesidades colectivas de las comunidades que deben ser satisfechas, tales como la solicitud de buen tiempo para la siembra o cosecha. La realización de estos ciclos ceremoniales habría sido ininterrumpida (*llellipun* y *Wetripantu*); iv) no existen viviendas habitadas por población mapuche en el área de captación de las aguas, las viviendas más cercanas corresponden a la Comunidad Indígena Melivilu Melirayen, cuyas principales actividades económicas son la horticultura, el cultivo bajo plástico, una ganadería caprina y bovina de baja escala y el etnoturismo y ecoturismo y sus miembros realizan la celebración del *Wetripantu*, *llellipunes*, y en los festejos se juega *Palin* y se baila *Purrún*, mientras que en el área de restitución de las aguas solamente se identifican 4 viviendas habitadas por familias mapuche, siendo la distancia promedio de la restitución de 350 m y las principales actividades económicas son las plantaciones de pino radiata, crianza de algunos bovinos, y ovinos, pastoreo, crianza de animales de corral destinados a autoconsumo y pequeñas ventas y migración estacional, y participan de actividades culturales y ceremonias como invitados por miembros y autoridades de otras comunidades; v) no se identifica con claridad las poblaciones mapuche que realizan actividades relacionadas con el turismo, ya que la mayoría responden a iniciativas individuales, si bien se constata que la Comunidad Indígena Melivilu Melirayen desarrolla iniciativas relacionadas al turismo desde el año 2005 en colaboración con la WWF, que los apoya en la venta de artesanías y productos propios, sitios de *camping*, y desarrollo de actividades como *trekking* y observación de la fauna y volcanes asociadas a los Senderos Pehuén, Cóndor y Ñeco⁴⁷².

Ante la primera ADENDA del proponente de 27 de octubre de 2014, se pronunciaron conformes el SAG, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la SEREMI de Salud y el CMN y con observaciones la DGA, el SERNATUR, el Servicio Nacional

⁴⁷² Ingeniería y Construcción Madrid S.A. “Adenda N° 1 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto “CH de Pasada El Rincón”.

de Pesca y Acuicultura, la CONAF, la CONADI, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, la SEREMI Medio Ambiente, la DOH y la Ilustre Municipalidad de Melipeuco.

Esta vez, en su segundo pronunciamiento, la CONADI observa que el titular no se hace cargo con sus medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas, especialmente con la casa de cultura, de los impactos que el proyecto ocasionará en el pueblo mapuche y específicamente en las comunidades pertenecientes al territorio del Lifko ya que estas medidas no han sido consensuadas con las comunidades y presentan poca claridad respecto de su materialización, funcionamiento, financiamiento y sostenibilidad. Añade, además, que la construcción y operación de la CH provocará una alteración significativa en los sistemas de vida y costumbres, especialmente en la dimensión antropológica, económica y de bienestar social básico que difícilmente puede ser mitigada, reparada o compensada. En la dimensión antropológica, el proyecto provocará alteración en los intereses grupales y colectivos y en los sentimientos de arraigo y apego al territorio; en la dimensión económica, el proyecto afectará a las actividades económicas asociadas al turismo que desarrollan las comunidades, provocada por intervenciones irreversibles en la base de los recursos naturales que sustentan la actividad; en la dimensión de bienestar social básico, el proyecto genera un detrimento en la calidad de vida y en la sensación de bienestar de la población mapuche asociada al buen vivir o *kume mongen*, afectación intangible que no es adecuadamente visibilizada por el titular y que consiste en el vivir en armonía consigo mismo, con su familia, su comunidad, el medio ambiente y los seres espirituales en que se cree, equilibrio que es amenazado por proyectos extractivistas y que se traduce en la llegada de la enfermedad y la muerte a las comunidades. Recuerda también que el territorio indígena va más allá de los aspectos jurídicos y económicos y que los pueblos están ligados a él también desde una dimensión comunitaria, espiritual y cosmogónica por el carácter ancestral y sagrado del territorio. Tomando en consideración las alteraciones significativas a los sistemas de vida y costumbres de la población mapuche, la CONADI solicita el rechazo del proyecto⁴⁷³.

En su segunda ADENDA con fecha de 26 de enero de 2016, el proponente responde al ICSARA que en lo que concierne a los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA: i) la construcción y operación del proyecto no genera alteraciones significativas de los sistemas de vida y costumbres de grupos

⁴⁷³ CONADI, Oficio Ord. N° 842, de 18 de noviembre de 2014.

humanos, ya que las principales rutas utilizadas por los habitantes permanecerán funcionales y no se prevén ni mayores tiempos de traslado, congestión o interrupción de la libre circulación, ni menor disponibilidad de transporte público; ii) las obras del proyecto no intervienen sitios de recolección de plantas con usos medicinales ya que se circunscriben en predios privados y corresponden a un sector que presenta un nivel de intervención antrópica notoria, con sectores con muy poca vegetación, otros que presentan formaciones boscosas del tipo renoval y otros descubiertos completamente de vegetación; iii) el proyecto no influirá ni impondrá dificultades o impedimentos para el ejercicio o la manifestación de tradiciones, cultura o intereses comunitarios, que puedan afectar los sentimientos de arraigo, agregando que las ceremonias se realizan aproximadamente a 250 m aguas arriba de la bocatoma del proyecto y que además el titular se compromete a no afectar y facilitar la ceremonia de acuerdo a las siguientes medidas: suspensión de las actividades constructivas dos días antes de la ceremonia en el salto Triful Triful y durante la misma; suspensión del tránsito de vehículos por el camino S-61 desde Melipeuco hasta el proyecto durante el período de preparación y realización de ceremonias; y para la etapa de operación: cese de captación de agua del río Triful Triful durante la rogativa (dos veces al año); aumento del caudal ecológico definido por la DGA de 10.34 m³/s a un caudal de 11 m³/s; plan integral de desarrollo y fortalecimiento del territorio; financiamiento del programa de limpieza de lecho de ríos y reciclaje (Grupo Juvenil Newen Weche); fomento de la cultura y de las expresiones culturales tradicionales a través de la instalación de la Casa Cultural; y iv) los emprendimientos locales asociados al turismo cercanos al proyecto no se verán afectados en términos económicos debido a que estos no presentan el río como atractivo y tampoco se verá afectado el turismo de intereses especiales como cabalgatas y pesca ocasional por trabajadores o personas ilegales que ingresan a través de los predios privados.

Respecto a los potenciales impactos ambientales en el medio humano, el titular reconoce:

i) molestias a las personas por el aumento de flujo de vehículos motorizados: la duración de este impacto sería media, ya que la etapa de construcción del proyecto considera 20 meses. La reversibilidad de este impacto sería posible, ya que al terminar la construcción del proyecto el flujo vehicular y las obras relacionadas a éste serán retirados. La extensión del impacto es amplia, debido a que el tránsito vehicular al proyecto contempla la utilización de la Ruta S-61 (Melipeuco-Icalma). Sin embargo, el flujo

vehicular no se cortará en ningún momento. Consecuentemente, este impacto es de carácter negativo y significancia media. Como medidas de mitigación se contempla realizar un diagnóstico de los horarios y frecuencia de uso de la ruta S-61 por parte de los habitantes, con el fin de generar una programación del transporte durante la fase de construcción, que no perturbe los usos, horarios y frecuencia de dicha ruta; establecer horarios de circulación vehicular para la construcción del proyecto los cuales serán informados semanalmente a los habitantes; y fijar velocidades mínimas y máximas de circulación de los vehículos asociados a la construcción del proyecto.

ii) complicaciones en el desarrollo de ceremonias y actividades culturales asociadas al entorno del río Triful Triful producto de la intervención del río. La probabilidad del impacto es seguro y afecta la realización de rogativas a pesar de que el espacio ceremonial se encuentra a 250 m aguas arriba de la bocatoma. La duración del impacto es permanente pues se extenderá por el período de construcción y operación del proyecto. El impacto posee una reversibilidad muy difícil ya que las comunidades indígenas del área de influencia comúnmente acuden en busca de las aguas del río para ser utilizadas en ceremonias sagradas. La extensión es media, por cuanto abarca principalmente a las comunidades indígenas que están en el área de influencia del proyecto. Por todo lo anterior, este impacto es de carácter negativo y significancia alta. Como medida de mitigación, el titular se compromete a no afectar y facilitar la ceremonia de acuerdo a las siguientes medidas que se ejecutarán mientras se realice la ceremonia: suspensión de las actividades constructivas dos días antes de la ceremonia en el salto Triful Triful y durante la misma (dos veces en el año de construcción); suspender el tránsito de vehículos del proyecto por el camino S-61 desde Melipeuco hasta el proyecto, durante el período de preparación y realización de ceremonias; cese de captación de agua del río Triful Triful durante la rogativa (dos veces al año); aumento del caudal ecológico definido por la DGA de 10.34 m³/s a un caudal de 11 m³/s; y construcción de un espacio cultural mapuche “Casa de la Cultura”, en el cual las comunidades puedan reproducir y transmitir sus tradiciones y conocimientos.

iii) alteraciones en las relaciones asociativas de las comunidades indígenas cercanas al área de influencia del proyecto. La probabilidad del impacto es seguro, ya que cualquier cambio que se produzca en el río Triful Triful, necesariamente afectará la valorización simbólica de las comunidades mapuches cercanas al área de influencia del proyecto. La duración del impacto es permanente, porque se extiende por el período de

construcción y operación del proyecto. El impacto posee una reversibilidad muy difícil pues los cambios al entorno del tramo intervenido del río Triful Triful son permanentes y porque los cambios a nivel simbólico producen transformaciones que son permanentes. Por ello, para las comunidades mapuche del área de influencia, el proyecto constituye una transformación en la valoración cultural y ambiental del territorio. La extensión es media, por cuanto abarca principalmente a las comunidades indígenas que están en el área de influencia del proyecto. Consecuentemente, este impacto es de carácter negativo y significancia alta. El titular propone como medida de reparación la implementación de un plan de desarrollo territorial, orientado a las comunidades indígenas presentes en el área de influencia del proyecto y que será impulsado, apoyado técnicamente y financiado por parte de la empresa con el objetivo de que las comunidades elaboren sus propios diagnósticos y presenten anualmente proyectos para concursar a un Fondo de Financiamiento de Iniciativas con un tope anual de 20 millones de pesos por un periodo de 10 años.

iv) alteración del bienestar social básico por la presencia de trabajadores externos a la localidad: este impacto es seguro, debido a que, aun cuando se priorizará la contratación de personal de la zona, se estima que ésta no cubra las necesidades del proyecto. La duración de este impacto sería media, ya que la etapa de construcción del proyecto se estima cercana a dos años. La reversibilidad de este impacto sería posible, puesto que luego del término de la etapa de construcción del proyecto, los empleados contratados volverán a sus hogares, y por tanto, disminuirá la presencia de personas externas a la zona. La extensión del impacto es amplia, debido a que situaciones de riesgo, alteración al bienestar y tranquilidad de las personas asociado a la presencia de trabajadores externos a la localidad podría generarse en todo el sector de Melipeuco. Consecuentemente, este impacto es de carácter negativo y significancia media. Como medida de mitigación el titular propone un Reglamento de Conducta Responsable de los trabajadores consistente en establecer normas de conducta de los trabajadores en relación con su entorno social, la localidad de Melipeuco o las comunidades indígenas⁴⁷⁴.

A esta ADENDA, la DGA, el SERNATUR, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y la CONAF se pronunciaron conformes, mientras que presentaron observaciones la

⁴⁷⁴ Ingeniería y Construcción Madrid S.A. “Adenda n° 2 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto CH de Pasada El Rincón”, de 26 de enero de 2016.

CONADI, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, la SEREMI Medio Ambiente, la DOH y la Ilustre Municipalidad de Melipeuco. La CONADI manifestó que i) el titular no realiza una caracterización pormenorizada de las relaciones asociativas de las comunidades indígenas que se verían afectadas por la alteración de un espacio de fuerte significación cultural como el río Triful Triful y solicita que repare esta omisión, ii) los impactos “complicaciones en el desarrollo de ceremonias y actividades culturales” y “alteraciones en las relaciones asociativas de las comunidades mapuche cercanas al área de influencia del proyecto” son descritas en términos generales sin presentar una diferenciación en torno al nivel de afectación de las 18 comunidades pertenecientes al territorio del Lifko y requiere al titular realizar esta desagregación; iii) el titular no determina si finalmente se producen o no efectos acumulativos o sinérgicos en relación a la celebración de rogativas y actividades culturales asociadas al río que constituyen elementos de arraigo e identidad de las comunidades como consecuencia de la intervención previa del río mediante la construcción y operación de la CH Triful Triful. Consecuentemente, se insta al titular a especificar si se producen los efectos sinérgicos en la dimensión antropológica del componente medio humano y, en caso de suceder, desarrollar sus implicancias; iv) el titular contempla como medida de mitigación la suspensión de las actividades del proyecto y otras medidas específicas a tomar desde tres días antes de la ceremonia y hasta tres días después de esta; sin embargo, no especifica cuáles son esas otras medidas y no detalla para que ceremonias rigen la suspensión y las otras medidas, ni quiénes serán los responsables de realizar la comunicación y coordinación para que las medidas sean efectivas; v) solicita que la medida de reparación consistente en un concurso de Fondo de Financiamiento de Iniciativas contemplado en el plan de desarrollo y fortalecimiento del territorio sea para toda la vida útil de proyecto y no solo para 10 años y que se especifique qué comunidades podrían participar de esta medida, la figura jurídica que la materializaría y el organigrama del funcionamiento que tendría; vi) la medida “fomento de la cultura y de las expresiones culturales tradicionales a través de la instalación de la Casa Cultural”, debe ser propuesta como una medida de mitigación y no voluntaria y exige al titular a) la mantención económica de estas instalaciones por un periodo mínimo de 5 años; b) la evaluación de la autogestión de parte de las comunidades; c) la clarificación de si la decisión de designar a la Comunidad Francisco Meli como administradora de la casa fue

consensuada con otras comunidades; y d) la coordinación con las comunidades para definir un protocolo de funcionamiento de la Casa Cultural⁴⁷⁵.

En su tercera Adenda, el titular informa de lo siguiente en relación a los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA: i) las comunidades del territorio del Lifko, han mostrado su oposición a ser entrevistados y participar de una consulta en relación con el proyecto; que tiene lugar un efecto sinérgico por cuanto se experimentaría una reducción del caudal, que produciría una merma en la fuerza del *trayenko*, que tiene una especial relevancia por ser un lugar propiciatorio y donde recomenzar (INDH 2013b) y donde las *machis* van a consultar por el futuro o destino de alguna persona; que la medida voluntaria “fomento de la cultura y de las expresiones culturales tradicionales a través de la instalación de la Casa de la Cultura” no será incorporada como parte del proyecto, ni como medida compensatoria ni voluntaria, debido a que las comunidades mapuche, a excepción de la comunidad Francisco Meli Quidel que se haría cargo de la administración, no estaban de acuerdo con dicha medida, lo que generaría además un conflicto entre las comunidades; se mantienen las medidas de mitigación “suspensión de las actividades del proyecto y otras medidas específicas a tomar desde tres días antes de la ceremonia y hasta tres días después de ésta” y “aumento del caudal ecológico definido por la DGA de 10,34 m³/s a un caudal de 11 m³/s”, la medida de reparación “plan integral de desarrollo y fortalecimiento del territorio” y se incorpora una nueva medida de compensación a resultas del proceso de consulta indígena consistente en la construcción de un vivero cuyo objetivo es aumentar la disponibilidad de hierbas medicinales para las comunidades indígenas y para las *machi* y *lawentuchefe*. El emplazamiento estará ubicado a 1 km de la salida de Melipeuco hacia el camino internacional a la república Argentina y responde a la voluntad de facilitar la accesibilidad a todas las comunidades que componen el territorio de Melipeuco. En cuanto a otras medidas específicas para facilitar las ceremonias y actividades culturales, el titular menciona la socialización de las actividades a desarrollar y la significación de las mismas con el personal de la central, la socialización de un protocolo de actuación con el personal de la empresa frente a las actividades ceremoniales, la adecuación de los espacios requeridos para el desarrollo de la ceremonia, la aplicación de un proceso de evaluación y retroalimentación del mismo con los representantes de las comunidades y la facilitación del acceso peatonal a la zona de recolección de hierbas medicinales. Respecto a las actividades ceremoniales que se

⁴⁷⁵ CONADI, Of. Ord. N° 130, de 23 de febrero de 2016.

verán afectadas en su desarrollo con la implementación del proyecto, el titular identifica no sólo a los *llepunes* a lo largo del año, sino también diversas solicitudes de permisos a los "dueños de los espacios" para desarrollar alguna acción o solicitar el éxito y actividades religiosas individuales y afirma que no se puede definir la periodicidad con que estas actividades se desarrollan en el espacio del Truful. Las ceremonias tradicionales que utilizan las aguas del Truful corresponden a *nguillatun*, *wetripantu*, *llepunes*, entre otras. En caso de que exista un número mayor de actividades en el área de influencia del proyecto, el proponente se compromete a facilitar que no se interrumpa el normal desarrollo de actividades culturales y religiosas de las comunidades. Sin embargo, el titular advierte que no es posible entregar respuestas satisfactorias a la totalidad de los requerimientos de las comunidades y que no es factible circunscribir la participación en el fondo de las comunidades existentes en el área de influencia, por cuanto todas las comunidades que se vinculan con el Truful pueden ser parte de esta iniciativa. Finalmente, propone que el plan integral de desarrollo y fortalecimiento del territorio se extenderá durante toda la vida útil del proyecto, de manera que anualmente se podrán presentar proyectos al concurso Fondo de Financiamiento de Iniciativas que contará con un aporte anual de 20 millones de pesos durante toda la vida útil del proyecto y será administrado por parte de la empresa. La postulación de cada proyecto no podrá solicitar al Fondo un monto superior a 4 millones de dólares para dar la posibilidad a que otras organizaciones puedan acceder al financiamiento de sus iniciativas; el financiamiento del programa de limpieza de lecho de ríos y reciclaje del Grupo Juvenil Newen Weche se elimina como medida voluntaria porque no se hace cargo del impacto; en cuanto a la disminución del caudal en un tramo de 2.5 km, el titular había definido como medida de mitigación un aumento del caudal ecológico definido por la DGA de 10,34 m³/s a un caudal de 11 m³/s y ante los planteamientos de las comunidades indígenas durante el proceso de consulta se compromete a: i) generar un plan de monitoreo con los registros de los caudales que estará en la oficina de la central ubicada en la casa de máquinas, los cuáles estarán disponibles para toda la comunidad que lo solicite; ii) ante la probabilidad de que alguna especie pudiera secarse, se realizarán evaluaciones de la vegetación de ribera en forma anual a través del establecimiento de 8 parcelas de control por la orilla del río en ambas riberas. En el caso improbable que ocurra mortalidad de plantas y si esta mortalidad sobrepasa el 25%, el titular propone reforestar en la orilla del nuevo borde con las mismas especies que se han secado privilegiando la reforestación con plantas medicinales; iii) e informa que el punto de restitución de las aguas se encuentra aproximadamente a 1 Km aguas

arriba del punto de convergencia de los ríos (Truful Truful, Sahuelhue y Alpehue) y que el agua es devuelta al río en la misma calidad y cantidad, por lo que no se afectará a la fuerza del *trawunko*, espacio de un alto valor cultural, espiritual y medicinal para la cosmovisión mapuche; en cuanto a la especie Lleuque introduce como medida de compensación la reforestación con 1.640 plantas, equivalente a 6.51 veces más que las 252 potencialmente afectadas. Para ello se realizará un trasplante y reforestación de individuos de *P. andina*, según corresponda, en sectores que aseguren el prendimiento, el establecimiento y el desarrollo de las plantas⁴⁷⁶.

A esta tercera Adenda del titular, se pronunciaron conformes la DGA, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura y la DOH, mientras que se pronunciaron con observaciones la SEREMI Medio Ambiente, la CONAF, la CONADI, la SEREMI de Salud, el SERNATUR y la Ilustre Municipalidad de Melipeuco. Respecto de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, la CONADI constata que tras el proceso de consulta previa se mantienen profundas diferencias entre las comunidades indígenas y las medidas propuestas por el titular respecto de los impactos reconocidos por el titular (disminución del caudal en un tramo de 2,5 km (H-2), pérdida de vegetación sin estado de conservación (FV-1), complicaciones en el desarrollo de ceremonias y actividades culturales asociadas al entorno del Truful Truful producto de la intervención del río (MH-2), alteraciones en las relaciones asociativas de las comunidades indígenas cercanas al área de influencia del proyecto (MH-3), afectación de especies como hierbas medicinales (MH-6), alteraciones de manifestaciones culturales y sentimientos de apropiación del territorio íntimamente vinculados con la cosmovisión indígena, especialmente porque en algunos casos los impactos no son reconocidos en toda su extensión por el titular (como el caso de los impactos MH-2 y MH-3) y en otros no son ni siquiera reconocidos (como es el caso de la afectación en la dimensión antropológica que generan los impactos H-2 y FV-1 que son solamente abordados por el titular en su dimensión física). La CONADI añade que el titular no ha realizado una descripción diferenciada de los impactos MH-2 y MH-3, que tampoco profundiza en el análisis antropológico respecto del *newen* del río y que no presenta una caracterización de como los efectos sinérgicos del proyecto y la central

⁴⁷⁶ Ingeniería y Construcción Madrid S.A. “Adenda n° 3 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto CH de Pasada El Rincón”, de 28 de noviembre de 2017.

Triful Triful que provocan esta disminución del río pueden producir una afectación en la dimensión antropológica.

La CONADI observa además que el titular no ha dado respuesta a las observaciones que requerían i) informar de cómo el proyecto genera una afectación en la cultura mapuche incluyendo a comunidades que no son del territorio pero para las cuales el río tiene una significación cultural; ii) sistematizar la información ingresada al SEIA respecto de los efectos del art. 11, literales b), c), d), e) y f), e incorporar esta sistematización en la determinación de los impactos y las medidas que propone; iii) incorporar la información que se deriva del proceso de consulta en la determinación de los impactos, ya que aporta antecedentes respecto de impactos que no habían sido reconocidos. La CONADI señala también que la inaccesibilidad del titular al parecer de las comunidades debido a su oposición al proyecto no justifica que el titular omitiera la información sistematizada del proceso de consulta incluida en el ICSARA para complementar la información solicitada. Así, por ejemplo, el titular reitera que el aumento del caudal ecológico definido por la DGA de 10,34 m³/s a 11 m³/s se hace cargo de la pérdida del valor espiritual del río, lo que no resulta una justificación adecuada pues supone desconocer el impacto cultural que provoca el entubamiento del río para la cosmovisión de las comunidades. Además, tampoco especifica las características de las obras de restitución a efectos de justificar la no alteración del *trawunko*. Tampoco diferencia entre turismo de intereses especiales y turismo de naturaleza y no justifica que no se produzca una afectación respecto del primero, consistente en un turismo desarrollado por personas mapuche que incorpora elementos culturales tangibles e intangibles y que se está convirtiendo en un instrumento de rescate y de revitalización de la cultura y la identidad mapuche. Respecto de la línea de base, la CONADI señala que no existe una caracterización adecuada del impacto sobre las relaciones asociativas de las comunidades indígenas ya que no se determina a qué comunidades alude en su respuesta ni tampoco concreta a qué emprendimientos turísticos se refiere. Respecto de los planes de medidas de mitigación, reparación y compensación, la CONADI observa que el titular no incorpora el resultado de la consulta indígena en la caracterización y ponderación de los impactos, centra su análisis en los elementos físicos del río y no en su significancia cultural, y propone medidas temporales como la suspensión de las actividades de la central durante los días de las ceremonias, lo que no se condice con el carácter permanente de los impactos en la manifestación de la cultura de las comunidades mapuche que habitan

en las cercanías del proyecto. La CONADI destaca que no es posible validar la afirmación del titular referida a que la ejecución de proyecto compensará cualquier alteración cultural, social, religiosa, espiritual o ambiental, ya que con respecto a la afectación que se produce en el río se está ante una afectación que no es posible mitigar, reparar o compensar con medidas como la suspensión de las actividades del proyecto y otras medidas específicas a tomar desde tres días antes de la ceremonias y hasta tres días después de estas o mediante un plan de desarrollo y fortalecimiento del territorio, porque no resultan pertinentes en relación al impacto y porque se entienden como una minimización de la religiosidad y de la significancia que estos espacios tienen en la cosmovisión mapuche. La CONADI mantiene que la percepción de los sujetos afectados es fundamental para determinar la idoneidad de las medidas de mitigación que se hacen cargo de los impactos significativos sobre la dimensión antropológica del medio humano indígena, y del proceso de consulta se desprende que ello no ocurre pues todas las observaciones revelan una asimetría entre la medida propuesta y la afectación para la cual se contempla la medida. La CONADI también recoge que para la medida de reparación consistente en un plan de desarrollo y fortalecimiento del territorio, el titular se niega a establecer la suma en una unidad reajutable (UF) sin ningún tipo de fundamentación y que la medida no está bien definida en su implementación ni tiene indicadores de cumplimiento claros, especialmente porque su principal objetivo es la cohesión e integración social pero contempla un fondo social concursable al cual no podrán acceder todas las comunidades y que generará diferencias, desconfianzas, competencia y división entre las diferentes comunidades. Respecto de la afectación a especies como hierbas medicinales, impacto sobre el medio humano identificado a raíz del proceso de consulta, la CONADI considera que la medida de compensación no es adecuada y puede atentar contra la práctica cultural de recolección de *lawen* ya que no es la práctica cultural habitual para las autoridades tradicionales disponer de un vivero para cultivar estas plantas que requieren de determinados ecosistemas para su desarrollo. Por todos estos motivos es que la CONADI concluye que las medidas propuestas por el titular no se hacen cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA⁴⁷⁷.

Finalmente, el ICE elaborado por el SEA recomienda rechazar el proyecto por no hacerse cargo de las afectaciones establecidas en el art. 8 y 9 del RSEIA debido a las afectaciones y medidas insuficientes asociadas a población protegida y a la intervención

⁴⁷⁷ CONADI, Oficio Ord. N° 732, de 13 de diciembre de 2017.

de carácter permanente en un sitio de significación cultural, no abordar los efectos del proyecto sobre el turismo mapuche de acuerdo al art. 10 del RSEIA, no presentar medidas idóneas para abordar el impacto asociado a los sitios naturales con presencia de hierbas medicinales y su recolección de acuerdo al art. 11 del RSEIA y presentar de forma errónea información asociada a los impactos y medidas presentes en la evaluación ambiental, lo que genera confusión a los OAECA y al SEA al analizar los arts. 6, 8 y 10 del RSEIA⁴⁷⁸.

En conformidad con el ICE, la RCA de la COEVA decide rechazar el EIA “CH El Rincón” debido a que no se hace cargo de las afectaciones del art. 8 y 9 del RSEIA como resultado de la intervención de carácter permanente en un sitio de significación cultural definido y reconocido por las comunidades que participaron en el proceso de consulta indígena como un espacio territorial integrado asociado al río Truful Truful, generando no solo el impacto reconocido por el titular como MH-2 (complicaciones en el desarrollo de ceremonias y actividades culturales asociadas al entorno del río Truful Truful) sino también otros de carácter significativo como afectaciones de intereses grupales y colectivos, cambio en los estilos y forma de hacer sus actividades culturales y espirituales en el espacio territorial asociado al Truful Truful y cambio en la forma de apego o pertenencia de las comunidades con el territorio, todos ellos no abordados ambientalmente. En consecuencia, las medidas propuestas “suspensión de las actividades de construcción/operación tres días antes y hasta tres días después de la ceremonia” y “aumento del caudal ecológico de 10,34 m³/s a 11 m³/s” carecen de idoneidad y son totalmente insuficientes dado que el impacto real no ha sido abordado en su total dimensión. Respecto del componente turismo, el titular no aborda de manera específica las afectaciones del proyecto en el desarrollo del turismo mapuche y no diferencia del turismo de intereses especiales (pesca recreativa, cabalgatas, *trekking*, senderismo y avistamiento de aves). Respecto del art. 11 del RSEIA, el titular reconoce la existencia, presencia y uso de diversas plantas medicinales asociadas al Truful Truful y define medidas de reparación como la construcción de un vivero o medidas de mitigación como facilitar el acceso previo al inicio de la construcción de las obras al espacio territorial integral asociado al Truful Truful, medidas que son consideradas no idóneas ni suficientes para hacerse cargo de este impacto en el sitio de emplazamiento de estas hierbas ni en la práctica misma de recolección. En conclusión, la COEVA establece que el proyecto no se hace cargo de las afectaciones establecidas en el art. 8 y art. 9 del RSEIA debido a las

⁴⁷⁸ SEA, “ICE del EIA del proyecto CH de Pasada El Rincón”, de 10 de enero de 2018.

afectaciones y medidas insuficientes asociadas a la población protegida debido a la intervención de carácter permanente en un sitio natural de significación cultural, no aborda los efectos del proyecto sobre el turismo mapuche de acuerdo al art. 10 del RSEIA, no presenta medidas idóneas para abordar el impacto asociado a los sitios naturales con presencia de hierbas medicinales y su recolección de acuerdo al art. 11 del RSEIA, y presenta de forma errónea información asociada a los impactos y medidas presentes en la evaluación ambiental, lo que genera confusión a los OAECA y al SEA al analizar los art. 6, 8 y 10 del RSEIA⁴⁷⁹.

4.1.3. Recurso administrativo del titular.

La RCA de la COEVA fue impugnada por el titular ante el Comité de Ministros el 13 de marzo de 2018 y el Comité de Ministros decide acoger el recurso de reclamación al estimar que el proyecto cumple con la normativa ambiental y considerar que se hace cargo de manera adecuada de los efectos, características y/o circunstancias establecidos en el art. 11 de la LBGMA –particularmente de las letras b), c), d), e) y f)- al proponer medidas de mitigación, reparación y compensación adecuadas a tal efecto⁴⁸⁰.

4.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

El 10 de enero de 2022 el abogado Sergio Eduardo Millamán Manríquez, en representación de César Antonio Melillán Cortés, *machi* de la comunidad Mariano Melillán; Mulfen Meillán Melillán, *gellupife* de la comunidad Mariano Melillán; Lautaro Mariano Melillán Arias, *lawentuchefe*, sector Palihue Pillan; José Benito Melillán Huenchumil, *lonko* del *lof* Palihue Pillan; Tamara Constanza Melillán, *llankan* de *machi*, sector Palihue Pillan; María José Melillán Jara, *afkazi* de *machi*, sector Palihue Pillan; José Segundo Relmucao Porma, *lonko* de la comunidad Juan Meli; Luis Gonzalo Melillán Huenupi, *guellipufe*, Comunidad Juan Meli; Desiderio Antonio Melillán Cayumán, *guellipufe* de la Comunidad Juan Meli, Edith Silvia Huenupi Trecaman, *guellipufe* de la Comunidad Juan Meli; Filomena María Mariqueo Millahueque, *guellipufe*, Comunidad Juan José Ayenao, Marciano Huenchumil Lienlaf, *lonko guillatufe*, sector Santa María Llaima; Diógenes Liberato Huaquío Melillán, *lonko guillatufe*, Comunidad Jacinto Lefiñir; Nelson José Calfullan Pichuntru, *kimeltuchefe*, sector Sahuelhue, solicita hacerse

⁴⁷⁹ COEVA de la Región de La Araucanía, Res. Ex. N° 55/2018, de 5 de febrero de 2018.

⁴⁸⁰ Comité de Ministros, “Acuerdo N° 12/2020, Res. Ex. N° 2202199101317/2021”, de 7 de junio de 2021.

parte en los autos sobre el recurso de protección, caratulados “Cuminao/Director Ejecutivo del SEA”, Rol N° 35.580-2021, como tercero coadyuvante de los recurrentes, Isaac Alejandro Cuminao Barros, alcalde de la comuna de Melipeuco, y Juan Pablo Jaramillo González, Consejero Regional de la Araucanía⁴⁸¹.

4.2.1. Alegaciones mapuche.

Los coadyuvantes sostienen que el proyecto genera alteraciones significativas a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades mapuche que hacen uso del sitio de significación natural y cultural asociado al espacio territorial integral del río Truful Truful y para fundamentar sus reclamos presentan un peritaje elaborado por el antropólogo Wladimir Painemal Morales⁴⁸², quien da cuenta de las alteraciones a nivel social, económico, cultural y espiritual que genera la construcción y operación de la central en un espacio altamente significativo para las comunidades mapuche del territorio de Llaima, por la presencia de varios *ngen* y mucho *newen*, la realización de prácticas ceremoniales y de sanación y la presencia de plantas con usos medicinales y espirituales. Los coadyuvantes argumentan que el titular no habría presentado medidas de mitigación, reparación y/o compensación idóneas y suficientes en relación a las afectaciones a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades mapuche y las manifestaciones ceremoniales, espirituales y simbólicas constitutivas de la cosmovisión de la cultura mapuche y que aun y así la Res. Ex. N° 2202199101317/2021 del Comité de Ministros habría aprobado el proyecto. En consecuencia, la pretensión de los coadyuvantes es dejar sin efecto la resolución favorable del Comité de Ministros por ser arbitraria e ilegal ya que no está debidamente fundamentada en antecedentes técnicos y vulnera sus garantías constitucionales a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 19.1 de la CP) y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19.8 de la CP).

⁴⁸¹ Los coadyuvantes indican que previamente habían presentado ante el Director Ejecutivo del SEA una solicitud de invalidación de la Res. Ex. N° 202199101317, pero como la tramitación de esta solicitud había permanecido sin avances desde octubre de 2021, la ejecución del proyecto continuaba habilitada y es ante esta amenaza a los DF de los coadyuvantes que solicitan a la Corte de Apelaciones de Santiago la adopción de medidas cautelares urgentes.

⁴⁸² Painemal Morales, Wladimir T. 2017. “Informe antropológico complementario: Historia, uso y valor antropológico de espacios naturales significativos en el río Txuful Txuful y los daños culturales asociados a su intervención”, de 20 de marzo.

Los coadyuvantes estiman que el Comité de Ministros replicó sin mayor análisis el plan de medidas del recurso de reclamación del titular⁴⁸³ —el cual era una reiteración de las medidas ya propuestas durante la evaluación ambiental, sin incluir nuevos antecedentes ni explicar los motivos por los cuales debían ser consideradas idóneas— y desconoce las observaciones de los OAECA consultados, concluyendo sin ninguna justificación, que todas las medidas propuestas por el titular eran idóneas y suficientes.

Los coadyuvantes fundamentan sus alegaciones en el informe antropológico del profesor Painemal Morales, la RCA 55/2018, los pronunciamientos de la CONADI y la DGA, y las observaciones presentadas por personas mapuche durante el proceso de consulta previa para sostener que: i) el Comité de Ministros infringe el deber de motivación de los actos administrativos contemplado en los arts. 11 y 41 de la LBPA y exigido por los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a los actos administrativos de carácter ambiental por no fundamentar su resolución y no explicitar los motivos por los que llega a una conclusión distinta a la que arriba la autoridad regional, replicando los hitos de la evaluación y “amparándose” en sus amplias competencias para dictar una opinión o preferencia sin justificar en antecedentes técnicos las razones por las que las medidas de mitigación disminuyen la magnitud de los efectos en los sistemas de vida y costumbres de los GHPPI; ii) las medidas de mitigación, reparación y/o compensación respecto de los impactos sobre GHPPI no son idóneas ni suficientes ya que desconocen la relevancia del territorio en relación a la cosmovisión y su desarrollo económico y medioambiental.

Para contrarrestar los argumentos del Comité de Ministros, los coadyuvantes invocan jurisprudencia de la Corte Suprema para recordar que el control judicial de la actuación administrativa no se limita a aspectos reglados y los motivos legales para su dictación, sino que también puede ejercerse sobre los elementos del acto de contenido discrecional, pudiendo por tanto hacer una verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad y la calificación jurídica de los mismos⁴⁸⁴. En particular, los coadyuvantes señalan que la Corte Suprema ha estimado que el deber de fundamentación es más exigente para los actos administrativos de carácter ambiental ya que se exige una

⁴⁸³ Citando a Luis Cordero Vega, los coadyuvantes argumentan que la potestad discrecional de la administración no habría satisfecho el control de razonabilidad de la decisión, esto es, “*que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse, mas allá de una mera cita de hechos y normas, mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión*”.

⁴⁸⁴ Corte Suprema, Rol N° 95016/2016, de 22 de marzo de 2017.

motivación circunstanciada de la decisión para verificar su existencia y que el juez puede ejercer un control de la discrecionalidad administrativa mediante el control de la apreciación de los hechos, siendo un acto ilegal cuando concurra una apreciación errónea de los mismos; es decir, el acto discrecional puede ser objeto de control judicial y ser declarado ilegal si los motivos invocados no existen o se fundan en un error de calificación jurídica.

En base a esta jurisprudencia de la Corte Suprema, los coadyuvantes consideran que el Comité de Ministros infringe el deber de motivación de la Res. Ex. N° 2202199101317/2021 debido a que:

i) no considera todos los antecedentes que obran en el expediente de evaluación ambiental y selecciona particularmente los presentados por el titular que redundan en su propio interés. Si bien los pronunciamientos de los OAECA no son vinculantes, la autoridad tiene que fundamentar la decisión de prescindir del informe de un OAECA en sus resoluciones, deber que no es satisfecho por el Comité de Ministros en relación a los pronunciamientos de la CONADI. Es decir, si bien la Administración dispone de cierta libertad en el ejercicio de ponderación respecto de la suficiencia de las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas por el titular, este ejercicio está condicionado al contenido de los informes del expediente de evaluación ambiental y a un deber de fundamentación de la resolución administrativa que en el presente caso habría sido omitido. Es más, a pesar de la cantidad de antecedentes en sentido contrario, el Comité de Ministros no expresa cuáles son los fundamentos y motivos por los que considera que las medidas propuestas por el titular son idóneas. Los coadyuvantes observan que el Comité de Ministros se limita a señalar que las medidas de mitigación propuestas por el titular son apropiadas para hacerse cargo de las alteraciones significativas identificadas ya que permiten disminuir la magnitud de los efectos que provocaría el proyecto, particularmente, en el sector de la bocatoma. Además, el Comité de Ministros destaca que la medida de compensación referida a la construcción de un vivero de especies identificadas como *lawen* reemplazaría las especies afectadas por el proyecto, generando un efecto positivo adicional consistente en que no sólo se incorporarán las especies observadas en el área a intervenir, sino que además se incluirán especies difíciles o escasas de conseguir, señalando asimismo que el vivero se emplazaría

en un sector de fácil acceso físico para todas las comunidades indígenas que componen el territorio de Melipeuco.

ii) infringe los estándares de buena fe y respeto mutuos del deber de consulta del Convenio 169 de la OIT ya que la Adenda n° 3 del titular no analiza ni se hace cargo adecuadamente de los antecedentes emanados de la consulta previa -los cuales fueron entregados en el ICSARA n° 3- en el momento de definir los impactos en el medio humano y determinar las medidas de mitigación, reparación y/o compensación apropiadas. De esta manera, el Comité de Ministros vulneraba también el art. 4 de la LBGMA que establece que debe entregarse a los pueblos indígenas la posibilidad de influir de manera real y efectiva en las decisiones públicas que sean de su interés. Por consiguiente, los coadyuvantes estiman que el Comité de Ministros habría actuado de mala fe al vaciar de contenido el proceso de consulta desarrollado, reduciéndolo a un mero formalismo, ignorando sus resultados y omitiendo un análisis de los méritos de sus resultados para adoptar una decisión administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas sin la necesaria participación indígena en sede recursiva⁴⁸⁵.

iii) Vulnera el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19.1 de la CP), que en el caso de los pueblos indígenas tiene una dimensión colectiva que se traduce en la posibilidad de mantener y desarrollar sus sistemas de vida y creencias sin ser sometidos a impedimentos o limitaciones arbitrarias. Los coadyuvantes sostienen que la resolución del Comité de Ministros transgrede el derecho a la vida digna de las comunidades, tanto respecto de sus actividades de subsistencia, como respecto del uso y mantención de sus sistemas colectivos tradicionales esenciales para su supervivencia, al calificar favorablemente un proyecto que reconoce que producirá graves afectaciones a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas que acuden al río Triful Triful a realizar sus ceremonias y recolectar hierbas medicinales sin haberse establecido medidas adecuadas para hacerse cargo de esos impactos.

iv) vulnera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19.8 de la CP) que tiene una concepción amplia en el ordenamiento chileno al incluir los

⁴⁸⁵ Los coadyuvantes incluso aluden a que Luz María Huenupí Relmucao, en nombre de las comunidades participantes en el proceso de consulta indígena, habría hecho llegar una presentación con sus razones para solicitar el rechazo del proyecto, y también esta presentación habría sido ignorada por parte del Comité de Ministros (SEA, Oficio N° 42/2018, de 23 de abril de 2018).

elementos naturales y culturales y sus interacciones en el concepto de medio ambiente y, por tanto, da reconocimiento a las costumbres, tradiciones y prácticas de los grupos humanos como parte del medio ambiente. Así lo reconoce la Corte Suprema en su fallo Rol N° 1773-2008 en donde manifiesta que la concepción amplia del medio ambiente se traduce en *“la especial atención [que] deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones”*. En base a esta jurisprudencia y fuentes del derecho en relación a la protección del medio ambiente de los territorios donde viven y desarrollan sus sistemas de vida y cultura los pueblos indígenas, como la LBGMA, el Convenio de Diversidad Biológica (arts. 8, letra j) y 10, letra c) y el Convenio 169 de la OIT (arts. 4, 7, 13, 15 y 16), los coadyuvantes concluyen que la resolución del Comité de Ministros vulnera el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación porque el proyecto es aprobado sin hacerse cargo apropiadamente de los impactos que producirá en el componente medio humano y específicamente en los sistemas de vida y costumbres de los GHPPI⁴⁸⁶.

4.2.2. Alegaciones del Director Ejecutivo del SEA.

En cuanto a los argumentos de forma, el SEA manifiesta que i) el recurso de protección no es la vía idónea para impugnar actos administrativos de carácter ambiental en su contenido técnico discrecional y que los recurrentes deberían haber acudido a los tribunales especiales en materia ambiental; ii) la interposición de la acción de protección requiere de la afectación de derechos indubitados y no es admisible cuando se trata de derechos cuestionados que necesitan de un análisis de lato conocimiento sobre la existencia o no de tal derecho; iii) los recurrentes no explicitan cual sería la necesidad urgente de dictar una medida cautelar ni la manera en que los DF serían afectados.

En cuanto a los argumentos de fondo, el SEA estima que i) la resolución del Comité de Ministros se ajustó a la normativa ambiental vigente, está debidamente fundamentada y motivada al responder a una rigurosa verificación de la información proporcionada por los OAECA y los antecedentes presentados por el proponente, se hace cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA y propone medidas de mitigación, reparación y/o compensación apropiadas.

⁴⁸⁶ Acción de protección, Código 0-51, Tipo de documento: “Se hace parte como Tercero Coadyuvante”, de 10 de enero de 2022.

En definitiva, el SEA considera que los recurrentes no han acreditado la relación causal entre la calificación ambiental favorable del proyecto y las supuestas garantías constitucionales vulneradas, ya que no se ha constituido una acción u omisión ilegal o arbitraria en la resolución del Comité de Ministros y solicita a la Corte rechazar el recurso de protección.

4.2.3. Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte comienza señalando que para resolver la controversia de esta causa debe ponderar si la decisión del Comité de Ministros es ilegal o arbitraria y si afecta o amenaza garantías constitucionales que protegen a las comunidades indígenas aledañas al río Triful Triful.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones responde al SEA que i) en aplicación del deber de inexcusabilidad de los tribunales de justicia, el recurso de protección es compatible con otras acciones jurisdiccionales o administrativas dirigidas a impugnar los efectos de un acto ilegal u arbitrario⁴⁸⁷ y ii) el principio preventivo y precautorio del derecho ambiental exigen la protección del medio ambiente ante la posibilidad de que pueda producirse una afectación ilegítima al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por lo que la Corte desestima las alegaciones del SEA en esta materia.

En segundo lugar, en cuanto al ejercicio de revisión que debe realizar la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la Res. Ex. N°202199101317 del Comité de Ministros, tanto en lo que concierne al cumplimiento del estándar de la legislación ambiental como a las medidas de mitigación, reparación y/o compensación propuestas por el titular y que el Comité de Ministros estimó suficientes e idóneas para hacerse cargo de las alteraciones al medio ambiente, la Corte de Apelaciones de Santiago observó que la resolución del Comité de Ministros habría dado cobertura a un conjunto de omisiones

⁴⁸⁷ Cabe destacar que en un primer momento la Corte de Apelaciones de Santiago no lo había estimado así y había declarado inadmisibile el recurso de protección al considerar que “no resulta ser la vía idónea al efecto, dado que aquellas circunstancias deben ser discutidas y probadas en un procedimiento administrativo mediante el ejercicio de las acciones o los recursos contemplados en la Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 35580-2021, de 20 de julio de 2021). Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta resolución ante la apelación deducida por el alcalde de Melipeuco y declaró admisible el recurso, al considerar que del mérito de los antecedentes se puso de manifiesto que en el libelo se mencionaban hechos que eventualmente pudieran constituir una vulneración de las garantías fundamentales indicadas en el art. 20 de la Constitución (Corte Suprema, Rol N° 56100-2021, de 12 de agosto de 2021).

y de medidas inadecuadas e insuficientes del proyecto en lo relativo a tres componentes del ambiente:

i) Respecto del componente agua, la construcción y operación de la CH genera una afectación en la calidad y cantidad del volumen de agua como consecuencia del tramo del río que será intervenido -2.5 Kms directamente y varios Kms más de manera indirecta aguas arriba. Además, el caudal ecológico del río presenta momentos críticos durante el verano y en los años secos (variabilidad natural y variabilidad fruto del cambio climático), de manera que el desarrollo de una CH adicional puede provocar un flujo menor del caudal ecológico, dificultando la mantención de un flujo constante y de sus características originales aguas abajo que dan soporte a la biota del lugar. Además, esta disminución del caudal magnifica la variabilidad anual de temperatura del río y altera otros parámetros ambientales como el oxígeno que transporta el agua, afectando así a aquellas especies de la flora y fauna menos resilientes a la variabilidad de los parámetros ambientales. Todas estas categorías no son consideradas por el Comité de Ministros en su resolución. Además, el Comité de Ministros acepta como medida de mitigación del titular la instalación de una regla lignimétrica para medir el caudal captado y el caudal ecológico, sin que el proponente haya presentado ningún informe técnico que avale esta medida. En opinión de la Corte, esta medida constituye en realidad una medida de cuantificación del caudal y no de mitigación del impacto como sostiene el titular, lo que hace que la decisión del Comité de Ministros carezca de fundamentación y omita finalmente hacerse cargo de una medida de mitigación que permita la restitución de un caudal constante.

ii) Respecto del componente flora y fauna, la ejecución del proyecto hidroeléctrico provoca el desplazamiento de flora y fauna nativa en todo el trayecto intervenido del río, pues las especies acuáticas y terrestres serán afectadas por una potencial pérdida de biodiversidad. Esta pérdida de biodiversidad no es abordada en la resolución del Comité de Ministros, la cual desconoce también la época del año en que se efectuó el estudio de las plantas que serían afectadas por el proyecto.

iii) El proponente no se hace cargo de los efectos sinérgicos que se producen al instalar una nueva central a escasos 100 m de distancia respecto de la CH Triful Triful.

iv) Respecto del componente medio humano, en relación a las afectaciones significativas del art. 8 del RSEIA (“complicaciones en el desarrollo de ceremonias y actividades culturales asociadas al entorno del río Triful Triful”), la Corte considera que

la intervención del río por medio de la extracción de sedimentos y extracción y entubamiento del agua supone desde la dimensión antropológica una afectación a un espacio de alto valor espiritual, observa que no existen antecedentes en el expediente de evaluación ambiental que justifiquen que la visión integral del entorno del río y la cosmovisión como identidad del pueblo mapuche haya sido debidamente considerada y que permitan sostener que las medidas de mitigación del proponente y aceptadas por el Comité de Ministros en relación al desarrollo de ceremonias y actividades culturales sean idóneas y suficientes. Las medidas de mitigación contempladas en el proyecto para las afectaciones significativas a los GHPPI, como la suspensión de las faenas y la actividad de la central tres días antes y hasta tres días después de las ceremonias, la construcción de un vivero de especies identificadas como *lawen*, o la medición y monitoreo del caudal, entre otras, no son medidas idóneas y suficientes para mitigar los impactos en el componente medio humano como sostiene la resolución recurrida del Comité de Ministros.

Tomando presente que la resolución recurrida había sido objeto de una reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia (Rol R-12-2021)⁴⁸⁸ y que el procedimiento fue suspendido el 19 de octubre de 2019 en espera de la completa tramitación de tres procedimientos administrativos de invalidación de la misma Resolución ante el SEA⁴⁸⁹, la Corte de Apelaciones de Santiago resuelve que la resolución

⁴⁸⁸ Este recurso de reclamación del art. 17.6 de la LTA fue interpuesto el 27 de julio de 2021 por el abogado Sergio Eduardo Millamán Manríquez en representación de Luz Maria Huenupi Remucac, Benjamín Eladio Oñate Namuncura, María Angélica Catrileo Melivilu, Sandra Viola Trujillo Cea, Fernando Adolfo Barros Yáñez, María Mónica Guerra Cerna, la Cámara de Turismo de Melipeuco Asociación Gremial y Carlos León Melillán Montiel, observantes del proceso de participación ciudadana, en contra de la Res. Ex. N° 202199101317/2021, de 7 de junio de 2021, del Director Ejecutivo del SEA, dando origen a la causa Rol N° R-12-2021 del Tercer Tribunal Ambiental.

⁴⁸⁹ Las tres solicitudes de invalidación (Rol. 18/2021) fueron interpuestas con fecha de 27 de julio de 2021 ante el SEA en contra de la Res. Ex. N° 202199101317 del Director Ejecutivo del SEA por: i) el abogado Sergio Eduardo Millamán Manríquez, en representación de César Antonio Melillán Cortés, Mulfen Melillán Melillán, Lautaro Mariano Melillán Arias, José Benito Melillán Huenchumil, Tamara Constanza Melillán Jara, María José Melillán Jara, José Segundo Relmucac Porma, Luis Gonzalo Melillán Huenupi, Desiderio Antonio Melillán Cayumán, Edith Silvia Huenupi Trecaman, Filomena María Mariqueo Millahueque, Marciano Huenchumil Lienlaf, Diógenes Liberato Huaquío Melillán, Leonilde Regina Vidal Reinao, Nelson José Calfullan Pichuntru, Comunidad Indígena Juan Meli, Comunidad Indígena Juan Painetru Sahuelhue, Comunidad Indígena Esteban Trecaman, Comunidad Indígena Jacinto Lefiñir Enquel, Comunidad Indígena Juanico Lepin, Comunidad Indígena Martín Juanico Lepin, Comunidad Indígena Juan Bautista Huichapan, Comunidad Indígena Francisco Ovando, Comunidad Indígena Andrés Huenupi, Comunidad Indígena Clorinda Montiel Huenchuman, Comunidad Indígena Tradicional Juan José Ayenao, Comunidad Indígena Manquilef Hue-che, Comunidad Indígena Huenchullan, Comunidad Indígena Painevil Pichico, Comunidad Indígena Antonio Huilipán, Comunidad Indígena Mariano Melillán y Comunidad Indígena Francisco Huenchumil; ii) el abogado Sergio Eduardo Millamán Manríquez, en representación de Grupo de Mujeres Campesinas de Melipeuco, Red de Turismo Melipeuco, Asociación de Guías Locales de Melipeuco, La Baita Conguillio Lodge Regenerativo, María Bernardita Salazar Fabres,

del Comité de Ministros no está debidamente fundamentada ni motivada, acoge el recurso de protección y ordena que el proyecto no pueda ejecutarse ni avanzar mientras no estén completamente terminados y afinados los procedimientos administrativos de invalidación y la causa pendiente en sede ambiental.

4.3. Relevancia jurídica del caso.

Desde un enfoque de los efectos de la estrategia de litigio en sentido estrecho, el resultado hasta la fecha ha sido muy exitoso por un doble motivo: en primer lugar, porque la Corte Suprema obligó a rectificar a la Corte de Apelaciones de Santiago y pone límites a la derivación a la jurisdicción ambiental de las causas relativas a la calificación ambiental de un proyecto de inversión ya que señala que procede reconocer la admisibilidad de una acción de protección cuando esta es deducida dentro del plazo y se presentan hechos que pueden constituir la vulneración de las garantías constitucionales recogidas en el art. 20 490; en segundo lugar, porque la Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso de protección presentado por el Alcalde de Melipeuco y el Consejero Regional de la Araucanía, al que se sumaron como adyuvantes las comunidades mapuche del territorio del Lifko y ordena que el proyecto no pueda ejecutarse hasta que terminen y se afinen las solicitudes administrativas de invalidación y la causa pendiente ante el Tercer Tribunal Ambiental. En definitiva, el caso de la CH Rincón supone una nueva vuelta de tuerca en la jurisprudencia proteccional que enlaza con la sentencia del caso Doña Alicia y que dice relación con que las cortes ya no sostienen que la impugnación de las RCA de los proyectos son una cuestión técnica que debe ser objeto de un procedimiento de lato conocimiento, sino que ahora entran a valorar el contenido discrecional del acto administrativo para identificar que existen falencias en los

Francisca Urrutia Lorenzini, Paz Julieta Neira Barria, Agrupación Doña Marta del Triful Triful de la Comuna de Melipeuco y Corporación Educacional Educar Sonrisas; y iii) Sebastián Salinas Claro en representación de Balloon Latinoamericana SpA.

⁴⁹⁰ Ante un primer recurso de protección interpuesto por el alcalde de Melipeuco el 8 de julio de 2021 donde también tenía un peso importante el reclamo de la protección de los derechos indígenas, la respuesta de la Corte de Apelaciones de Santiago había sido declarar la inadmisibilidad del recurso al entender que procedía discutir y probar las circunstancias del caso “*en un procedimiento administrativo mediante el ejercicio de las acciones o los recursos contemplados en la LTA*”. No obstante, ante el recurso de apelación interpuesto por el alcalde, la Corte Suprema revocó la resolución apelada y declaró admisible el recurso al considerar que del mérito de los antecedentes aparece de manifiesto que en el libelo se han mencionado hechos que eventualmente pueden constituir una vulneración de las garantías fundamentales indicadas en el art. 20 de la CP (Corte Suprema, sentencia Rol N° 56.100-2021, de 12 de agosto de 2021).

antecedentes presentados por el titular y que la autorización ambiental pone en riesgo DF por lo que procede la orden de no innovar al titular.

El rol como coadyuvantes de las comunidades mapuche en el litigio es determinante para que el tribunal ponga un énfasis destacado en la cuestión indígena y así esta se convierta en uno de elementos decisivos para resolver la causa. Se observan bastantes paralelismos con el caso de Doña Alicia. Más allá de los resultados de la calificación ambiental en las diferentes instancias⁴⁹¹, también en el caso de la CH El Rincón el peritaje realizado por el antropólogo Panemal se convierte en un elemento estratégico del litigio mapuche para crear convicción a los jueces y finalmente muchas de sus observaciones son acogidas por la Corte para reconocer las omisiones del EIA presentado por el titular en lo que concierne a la naturaleza y magnitud de las afectaciones en GHPPI y a la insuficiencia y falta de idoneidad de las medidas de mitigación, reparación y/o compensación presentadas por el titular. En otras palabras, buena parte de los fundamentos de la resolución judicial se nutren de los aportes recogidos en el peritaje antropológico y en las alegaciones presentadas por el abogado Millamán e incorporan la cosmovisión y las ontologías mapuche como punto de referencia en la tarea de valorar la idoneidad de las afectaciones reconocidas y de las medidas propuestas en el EIA. Consecuentemente, la comprensión de las afectaciones ambientales de la Corte de Apelaciones de Santiago se acerca al paradigma de daño ambiental que proponen los coadyuvantes en su informe antropológico: *“la afectación de las creencias, conocimientos y pensamientos aprendidos simbólicamente y que impacta en prácticas, comportamientos, normas de relación social entre las personas y de estas con su hábitat*

⁴⁹¹ A diferencia de Doña Alicia, sin embargo, se observa una evolución positiva de los pronunciamientos de los OAECA en el sentido de tomar en cuenta los derechos y la cosmovisión de los pueblos indígenas en sus pronunciamientos, así por ejemplo la DGA indica que la medida de monitoreo del caudal ecológico no es adecuada ya que ningún indicador del río puede considerarse apropiado para mitigar los impactos en la realización de ceremonias y actividades culturales de los pueblos indígenas. También la CONADI manifiesta que las medidas del titular no se hacen cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA (construcción de un vivero, suspensión temporal de las actividades de la central, entre otras). A pesar de estos pronunciamientos positivos en el proceso de evaluación ambiental, el Comité de Ministros adopta una resolución contraria a los pronunciamientos de los organismos técnicos y una vez más se impone la voluntad política de calificar favorablemente el proyecto (y en opinión de las comunidades mapuche de manera infundada ya que no explica por qué no toma en consideración las observaciones de los OAECA). Por el contrario, en lo que concierne a los proponentes, el mayor grado de verificación de la información proporcionada por el proponente por parte de los OAECA y la mayor y mejor exigibilidad para dar cumplimiento a la normativa ambiental de los EIA no ha redundado en un mejor hacer por parte de los titulares, quienes siguen contratando al mismo consultor que en Doña Alicia y realiza un estudio antropológico deficiente y superficial, negando en este caso la celebración de ceremonias en base a un solo informante, repitiéndose el mismo patrón que en Doña Alicia, no siendo una muestra suficiente y desconociendo el hecho de que su único informante no conozca de la existencia del *nguillatuwe* no quiere decir que no exista.

de vida total; que incluye elementos patrimoniales materiales e inmateriales”. El informe antropológico sostiene que la intervención exógena en el territorio afecta el principio de interrelación de las comunidades y su entorno material e inmaterial como espacio espiritual asociado a una ritualidad específica y que conforma un espacio de equilibrio entre distintos seres y fuerzas que lo habitan cuya alteración comporta múltiples afectaciones: una dimensión espiritual de la afectación, ya que la intervención del río comporta la huida de los *ngen*, fuerzas espirituales que moran y cuidan de esos espacios, lo que comporta la pérdida del *kumeke newen*, la buena fuerza o energía positiva que proveen los *ngen*, la llegada de enfermedades físicas y psíquicas por la alteración del equilibrio que reinaba en esos espacios y del dolor por la alteración de espacios de significación cultural como el *trayenko* y el *trawunko*; una dimensión de la afectación en la medicina mapuche, ya que la intervención del río provoca el debilitamiento del *newen* del río y la pérdida de la calidad medicinal de las aguas y del *lawen* que crece en sus espacios asociados que permiten tratar más de 50 enfermedades, imposibilita que los agentes médicos mapuche puedan tomar fuerza y conocimiento en contextos naturales no intervenidos y que puedan desarrollar la costumbre tradicional de la recolección de remedios, y una afectación en la forma cultural de concebir el estar bien, el *kumelkalen*, que se fundamenta en relaciones dinámicas de reciprocidad y equilibrio entre seres vivos y fuerzas espirituales de los espacios donde uno habita, lo que refleja una forma de concebir la sanación más amplia en la medicina mapuche, que incluye la preocupación colectiva por las generaciones futuras, mostrando un vínculo entre la salud mental y lo social, y donde la enfermedad tiene su origen en transgresiones de tipo cultural y de las dimensiones del equilibrio que una persona debe tener: consigo misma, con su familia, con su comunidad, y con el medio ambiente que lo cobija; una dimensión económica de la afectación, al hipotecar el desarrollo productivo futuro de las comunidades por impedirse el desarrollo de un etnoturismo cultural asociado a los ambientes tradicionales y territorios ancestrales y reducir la disponibilidad y accesibilidad al agua como sustento de sus actividades de horticultura y ganadería; y una dimensión en el patrimonio cultural inmaterial, por la pérdida de prácticas, creencias y conocimientos asociados a los usos ceremoniales, espirituales y sociales del agua del río y de sus espacios asociados (Painemal-Morales 2017). En base a estos reclamos mapuche, la Corte reprocha al proponente que no haya desarrollado y especificado de qué manera y en qué grado la CH podría generar una afectación significativa en esta interrelación de las comunidades con sus espacios territoriales.

Asimismo, se observa otro acercamiento de la Corte con respecto a la cosmovisión mapuche, y es el que dice relación con la comprensión del territorio indígena, que va más allá de la propiedad inscrita y del tiempo de ocupación de esos espacios, criterios que usa el titular para negar la territorialidad indígena al remarcar que los predios no son de titularidad indígena y que las comunidades no eran originarias del territorio sino que tenían diferentes procedencias (Painemal-Morales 2017). La Corte, en base a las alegaciones mapuche, adopta una comprensión del territorio que viene también definida por un elevado valor espiritual del espacio territorial y por un conjunto de usos, conocimientos y prácticas asociadas a ese espacio que han sido transmitidas ancestralmente por las comunidades mapuche y que siguen vigentes en las actuales generaciones, perceptibles también en datos etnohistóricos, la presencia del *guillatuwe* y la toponimia⁴⁹².

Algunos ejemplos de cómo la Corte incorpora la cosmovisión y la cultura mapuche en la valoración de las afectaciones del proyecto hidroeléctrico y las medidas propuestas por el titular para finalmente acoger buena parte de los argumentos presentados por los coadyuvantes mapuche serían:

i) Los mapuche reclaman que existen múltiples ceremonias y actividades culturales de carácter permanente o estacionario a lo largo del año. Además, muchas de ellas se ejecutan conforme a las necesidades culturales del momento, por lo que no puede acotarse su realización a unos días en particular. Las actividades de los agentes medicinales, por ejemplo, obedecen a las necesidades de los pacientes y no son planificadas ni supeditas a un calendario. En base a estos argumentos presentados por los mapuche es que la Corte considera que la medida de mitigación consistente en la suspensión de las faenas y la actividad de la central tres días antes y hasta tres días después de las ceremonias resulta totalmente inapropiada.

⁴⁹² Por ejemplo, Triful Triful es uno de los cuatro ríos que le da el nombre ancestral a la localidad de Melipewunko (“junta de cuatro aguas”). Nace entre los volcanes Llaima y Sierra Nevada, y su afluente se abre paso por antiguas rutas de lava, recorre el Parque Nacional Conguillo y hay segmentos donde incluso fluye de manera subterránea. Se extiende por más de 20 km hasta llegar al valle de Melipeuco, donde se une con el río Sahuelhue para dar origen al río Allipén, que, a su vez, es parte de la cuenca del río Toltén (Cardemil 2022). El nombre de Triful-Triful proviene del mapudungun y es un onomatopeya relacionada con el sonido del *trayenko* (cascada), que significa “de salto en salto” (Territorio ancestral 2017).

ii) Las comunidades mapuche sostienen que la disminución del caudal hace que se seque parte del borde del río y se vean afectadas plantas medicinales río abajo, mientras que aguas arriba de la bocatoma se inundarían espacios donde crece el *lawen*. La Corte reconoce que para la cosmovisión mapuche el entubamiento de una sección del río hace que las aguas y las plantas pierdan su valor espiritual y medicinal y admite que esta afectación fue omitida por el titular en su EIA, reprocha que el titular no especifique en qué época del año hizo su estudio, lo cual es relevante para la identificación del *lawen* porque hay plantas estacionales y otras perennes, y concluye que la construcción de un vivero de especies identificadas como *lawen* es una medida inapropiada para compensar esta afectación a la cultura y al medio ambiente mapuche.

iii) Los coadyuvantes argumentan que el titular plantea sus medidas respecto a la disminución del caudal en términos normativos y no culturales y que la medición y monitoreo del caudal no tienen en cuenta la sequía estacional y los años secos fruto del cambio climático, por lo que la Corte resuelve que la medida de monitoreo del caudal resulta no solo infundamentada en algún informe técnico sino también inapropiada para mitigar la afectación en el caudal y no permite restituir la calidad y cantidad del caudal del Triful Triful de la que depende la biota de la zona.

iv) La Corte admite como reclaman los coadyuvantes que el proyecto no se hace cargo de la sinergia de impactos al pretender instalar la CH Rincón a escasos 100 m de la CH Triful Triful.

v) Los coadyuvantes atacan las falencias del estudio antropológico del proponente por la falta de pertinencia cultural (respecto de tiempos culturales, tipología y calidad de los actores entrevistados, lenguaje utilizado y mecanismos de recolección de datos, identificación de elementos culturales afectados por la construcción de la central), debilidades metodológicas (escaso número de entrevistas, únicamente entrevista a un *lonko*, personas que no dieron entrevistas aparecen como referencias, falta de claridad respecto a la diferenciación y el valor de los informantes, muestra reducida para generar evidencia, falta de triangulación, reducido peso etnográfico y escasa validez del estudio ya que no es posible verificar y validar la información recogida) y problemas éticos (mala fe y engaños). La Corte de alguna manera acoge estos reclamos también al señalar que el EIA no especifica la dimensión cultural de las afectaciones que genera la intervención del río y que las medidas propuestas no son acordes a la calidad de las afectaciones y reprocha

la falta de pertinencia del lenguaje empleado por el proponente que dificulta a los OAECA el entendimiento de la verdadera naturaleza y alcance de los impactos del proyecto.

Así la estrategia de los coadyuvantes mediante el peritaje antropológico obtiene unos resultados positivos en lo que concierne a que el tribunal acoga sus argumentos respecto de que las medidas de mitigación, reparación y compensación del titular resultan inapropiadas e insuficientes ya que no comprenden la naturaleza y profundidad de las afectaciones que produce la intervención del río.

El caso pone de relieve la necesidad de generar mecanismos de protección de los espacios naturales significativos reconocidos por instituciones públicas como el Consejo Regional de La Araucanía como patrimonio cultural indígena –caso del río Triful Triful y sus espacios asociados –*trayenko, lawen, trawunko-*, los cuales no gozan de un resguardo efectivo ante la amenaza de ser intervenidos por proyectos extractivos. Ante lo expuesto queda claro que los marcos legales nacionales e internacionales deben proporcionar una garantía y un marco óptimo de conciliación entre estas distintas dimensiones, tanto para comunidades locales como indígenas, donde debe imperar la protección y la sustentabilidad en todo su amplio espectro sociocultural, no imperando solamente el factor de desarrollo energético como busca actualmente este proyecto (Flores y Ciudad 2017).

Desde un enfoque amplio de la movilización indígena, se observa que las comunidades mapuche han sido capaces de articular una resistencia para oponerse al proyecto junto con otros actores locales (Alcalde, Cámara de Turismo, organizaciones sociales, vecinos, Melipeuco Ríos Libres, Coordinación de Defensa del Territorio de Melipeuco), regionales (Red de Defensa del Territorio, *lofs* de otras comunas, organizaciones de estudiantes de Medio Ambiente de la UFRO y la UCT), e incluso nacionales (INDH, Movimiento por el Aguas y los Territorios), que ha permitido también construir espacios donde pensar un modelo de desarrollo para Melipeuco que sea respetuoso con la cultura, la espiritualidad, la soberanía alimentaria y las formas de economía local (dimensiones *power-with* y *power-within* de las categorías de Dugard 2022). La articulación de esta oposición a la CH se ha traducido en múltiples acciones desde el ingreso del proyecto al SEIA, incluyendo reuniones entre los diferentes actores para coordinar y definir las actividades a desarrollar, comunicados al Intendente regional, solicitud al Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) del ingreso del proyecto al procedimiento de alerta temprana de Naciones

Unidas, comunicación a la Relatora de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cartas al propietario de Latin American Power para denunciar las malas prácticas y violaciones de derechos cometidas por el empresario local Manuel Madrid, que ha causado graves impactos en los tejidos culturales que habitan en el territorio, y para solicitar que revise su sociedad con el Sr. Madrid; invitaciones a terrenos de observadores internacionales de Instituto Danés de Derrechos Humanos y del Instituto de Autonomía de Brasil; cartas dirigidas al Ministerio de Energía y reuniones con sus representantes (Bidegain 2016c; OLCA 2014); celebración de *llellipun* (Huenupi, en Radio Kurruf 2021) y encuentros ceremoniales multitudinarios (Mapuexpress 2017), marchas llenas de colores que expresan “*la diversidad del territorio y los mundos que confluye en esta lucha: mundo mapuche, socioambiental, el turismo y todos estamos unidos en la defensa del Truful Truful*” (Neira 2021, citada en ProAraucania 2021) (*power-to dimension* en las categorías de Dugard 2022).

5. CH PANGUI.

5.1. Antecedentes.

5.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

El proyecto consiste en la construcción y operación de una minicentral hidroeléctrica de pasada en el río Panguí, ubicado a unos 5 km al norponiente de la comuna de Curarrehue, provincia de Cautín. El proyecto ingresa al SEIA mediante una DIA a propuesta de la empresa RP El Torrente Eléctrica y prevé una inversión de 20,8 millones de dólares. La superficie intervenida por la construcción del proyecto alcanza las 17,04 ha.

Las obras de captación de las aguas consisten en la construcción de una bocatoma en un sector ubicado a unos 400 m aguas abajo del puente existente Los Chilcos y aguas arriba de la confluencia entre el río Panguí y el estero Los Chilcos y estará compuesta por una toma lateral, con una barrera fija de hormigón y una compuerta móvil que tendrán un ancho de 20 m que permitiría capturar hasta un caudal máximo de 6,3 m³/s, considerando un caudal ecológico de 0,76 m³/seg. Las aguas captadas serán conducidas por una tubería en baja presión enterrada de 2.904 m de longitud hasta una chimenea de equilibrio, consistente en una estructura cilíndrica de hormigón armado con un diámetro interior de 8 m y una altura total de 22,5 m, desde donde se inicia una tubería en presión subterránea de una longitud total de 2.784 m que conducirá las aguas hasta la casa de máquinas, donde una turbina tipo Francis y una turbina tipo Pelton funcionan respectivamente con un caudal de 4,3 m³/s y 2,0 m³/s y permiten obtener una potencia instalada de la CH de 9 MW. El agua turbinada es devuelta al río a través de dos canalizaciones de hormigón armado de sección rectangular que se inician a partir de los fosos de las turbinas hasta un canal común de devolución. El cauce del río que vería reducido su caudal sería de 7,8 km de longitud.

Desde la subestación eléctrica que se encuentra en la sala de máquinas, la energía generada por la central se entregará al SIC a través de una línea de transmisión en media tensión, 23 kV, montada sobre postes de hormigón de 18 m que irá paralela al camino de construcción de la tubería en presión. La línea tendrá una longitud aproximada de 1 km para conectarse en un punto de la red de distribución local de propiedad de CGE Distribución bajo la modalidad de conexión tipo PMGD de acuerdo con la Ley

Eléctrica⁴⁹³. La construcción comporta el cambio de 0,5 ha de usos del suelo y una tala de bosque nativo de 4,31 ha.

Las comunidades mapuche más cercanas al emplazamiento del proyecto son la Comunidad Indígena Julian Collinao, 1.630 m respecto de la casa de máquinas; 1.600 m respecto del punto de restitución; 1.031 m respecto del trazado de la tubería y 5.600 m respecto de la bocatoma; y la Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil, 1.680 m respecto de la casa de máquinas; 1.650 m respecto del punto de restitución; 927 m respecto del trazado de la tubería y 2.500 m respecto de la bocatoma.

5.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.

El proyecto ingresa al SEIA mediante una DIA el 12 de julio de 2011 para que sea evaluado y calificado por la COEVA de la región de La Araucanía. En agosto de 2011 diferentes OAECA emiten sus respetos pronunciamientos: conformes la SEREMI de Bienes Nacionales y la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones; y con observaciones la SEREMI de Energía, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el SAG, la DGA, la CONAF, la SEREMI de Medio Ambiente, la DOH, el SERNAGEOMIN, la SEREMI de Salud, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, la SEREMI de Agricultura, el SERNATUR, el CMN, la CONADI, y el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, las cuales fueron compiladas en el primer ICSARA de 29 de agosto de 2011. Posteriormente, el 27 de septiembre de 2011 la Ilustre Municipalidad de Curarrehue solicita que el proyecto ingrese al SEIA mediante un EIA. En sus observaciones, la CONADI solicita al titular realizar un análisis en profundidad del medio humano existente en el área de influencia del proyecto y ofrecer mayores antecedentes de la distancia de las viviendas respecto de las obras del proyecto, identificando además de si se trata de población indígena⁴⁹⁴. Por su parte, el CMN solicita i) aclarar y completar la inspección visual arqueológica de las áreas de botaderos, la instalación de las obras de devolución, los caminos permanentes y temporales, la línea eléctrica de media tensión y los predios de reforestación para la correcta y adecuada evaluación del componente arqueológico y patrimonial del proyecto; y ii) implementar un monitoreo arqueológico

⁴⁹³ GESAM Consultores. “DIA Proyecto CH Río Pangui. Descripción del proyecto”, de 27 de julio de 2011.

⁴⁹⁴ CONADI, of. Ord. N° 693, de 18 de agosto de 2011.

permanente durante la actividad de limpieza y escarpe del terreno en los sectores de emplazamiento de obras que presenten pendientes bajas y moderadas (hasta 30°)⁴⁹⁵.

En su Adenda de 13 de noviembre de 2012, el titular responde que i) no existe presencia de comunidades mapuche en el área de influencia directa e indirecta del proyecto; sin embargo, admite que existen antecedentes históricos de propiedad y ocupación de comunidades mapuche en el sector de Huitraco y Maichín, así como la presencia en las cercanías al área de influencia del proyecto de dos fortines, Huitraco Alto y Huitraco Bajo, que dan cuenta de sitios de carácter estratégico-defensivo mapuche seguramente correlacionados con asentamientos hispanos no identificados aún y que se encuentran a una distancia de 146 m de las líneas de transmisión de media tensión⁴⁹⁶. Admite, además, que si bien no se registró material cultural en superficie, existe la posibilidad de hallazgos de material cultural durante la construcción del proyecto por lo que se contará con la presencia de un arqueólogo permanente en las faenas de despeje de faja y de excavaciones, lo que permitirá detectar la presencia de elementos del patrimonio cultural que no hubieran sido detectados durante el levantamiento de información para la DIA a causa de la baja visibilidad o a que se encontraban en condición subsuperficial⁴⁹⁷.

A esta primera Adenda del titular, entre noviembre y diciembre de 2012, se pronunciaron conformes el CMN, el SERNAGEOMIN, la CONAF, la CONADI, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la SEREMI Medio Ambiente, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, la SEREMI de Agricultura, el SERNATUR, el SAG y el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura; y con observaciones la DGA, la SEREMI de Salud, la DOH y la Ilustre Municipalidad de Curarrehue, las cuales se presentaron al titular en el segundo ICSARA de 12 de diciembre de 2012. El titular respondió en una segunda Adenda el 11 de febrero de 2013 respecto de la cual se pronunció conforme la DGA y con observaciones la Ilustre Municipalidad de Curarrehue y la SEREMI de Salud. Las observaciones de la Ilustre Municipalidad de Curarrehue dicen relación con que el proyecto debería ingresar mediante un EIA dado que se producen los siguientes efectos, características o circunstancias: a) riesgo para la salud de la población debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos que no son mencionadas en las Adendas,

⁴⁹⁵ CMN, of. Ord. N° 4654, de 24 de agosto de 2011.

⁴⁹⁶ Gesam Consultores. 2012. “Adenda n° 1 DIA proyecto CH Panguí. Anexo H. Revisión de la situación indígena del proyecto CH Panguí”, de 13 de noviembre.

⁴⁹⁷ Ibidem.

entre ellas, falta de consideración ante eventuales problemas generados por el trazado de la tubería y respecto a pozos profundos y vertientes que son las principales fuentes de recolección de aguas para el consumo; riesgo de inundación que afectará en la bocatoma; usos directos de las aguas del río Pangui que no son identificados ni sumados al caudal necesario para asegurar el apropiado desarrollo de las actividades y consumos normales de los habitantes del sector; no consideración de todos los habitantes que hacen uso de las aguas entre las obras de captación y restitución de las aguas; no cuantificación del ganado bovino y ovino que abreva desde el curso del río, ni de los huertos de autoconsumo y su superficie; no consideración de la construcción de obras de defensas fluviales y no realización de estimaciones reales del cauce del río; b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables debido a la gran magnitud de caudal que utiliza, inexistencia de mediciones reales del caudal debido a que los puntos de medición no son los apropiados por ser sectores donde se junta una mayor cantidad de agua, no consideración de los productos químicos a utilizar durante la ejecución del proyecto que pueden afectar la calidad de las aguas, omisión de la necesidad hídrica que requiere el humedal, no identificación de otros humedales existentes en la zona, e inexactitud del área de influencia del proyecto que debiese ser mayor a la mencionada; c) reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos: impedimento del tránsito al interior del predio por los propietarios y el ganado, afectaciones a los usos domésticos y recreativos del agua, omisión de muchos usos y familias que no son consideradas o incluidas como afectadas por el proyecto, no consideración de todos los habitantes mapuche que existen en el área de influencia del proyecto y que realizan actividades de recolección de productos forestales no maderables y hierbas medicinales utilizados para el autoconsumo y el comercio y que pueden ser afectados por el cambio de bosque nativo a otras especies por la tala de árboles y por la existencia de humedales que recibirán menos agua y que serán afectados por la presencia del proyecto; d) localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas: la Adenda del titular solo reconoce la afectación a dos comunidades indígenas pero en realidad se trata de cuatro comunidades ya que no se incluye a la Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil 3 y la Comunidad Indígena Julian Collinao de Relicura, omisión de la presencia de dos habitantes mapuche, dichas comunidades y habitantes mapuche sí hacen un uso de la zona afectada a diferencia de lo que considera el titular ya que el proyecto se emplaza dentro de lo que consideran su territorio de uso ancestral; omisión de la existencia de varios humedales, mayor presencia

de especies animales de las descritas por el titular, afectación a la comuna vecina de Pucón que es ZOIT, afectación al consumo de agua y otros efectos ambientales y culturales de las comunidades indígenas de sector de Maichin, Los Sauces y Relicura; e) alteración significativa en términos de magnitud o duración del valor paisajístico o turístico de la zona; f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y en general, los pertenecientes al patrimonio cultural y mayor presencia de especies animales vertebrados de los descritos por la empresa y con diferentes estados de conservación a los enunciados⁴⁹⁸.

Finalmente, el 10 de abril de 2013, el ICE recomienda aprobar la DIA considerando que cumple con la normativa ambiental vigente, presenta los antecedentes requeridos para obtener los PAS que le aplican al proyecto, los cuales no han sido informados desfavorables por los organismos evaluadores y competentes, y no genera ninguno de los efectos, características o circunstancias que se contemplan en el art. 11 de la LBGMA, a excepción de la Municipalidad de Curarrehue que manifiesta su oposición al proyecto y menciona que estos efectos sí están presentes (Of. Ord. N° 262/2013). En conformidad con la ICE, el 15 de abril de 2013 la COEVA de la región de La Araucanía resuelve calificar favorablemente la DIA del proyecto CH Pangui⁴⁹⁹.

5.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

El 16 de mayo de 2013, la Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil III, la Junta de Vecinos n° 8 El Fortín de Huitraco, el Comité de Pequeños Agricultores Los Copihues de Huitraco, la Cámara de Turismo de Curarrehue y el Consejo Ambiental de Curarrehue interponen un recurso de protección contra la COEVA de la región de La Araucanía con motivo de la Res. Ex. N° 91, de 15 de abril de 2013, que califica favorablemente la DIA de la CH Pangui.

5.2.1. Alegaciones de los recurrentes mapuche.

Los recurrentes mapuche reprochan a la COEVA que se haya aprobado la DIA del proyecto CH Pangui a pesar de que concurren los siguientes efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA:

⁴⁹⁸ Ilustre Municipalidad de Curarrehue, Of. Ord. N° 262, de 5 de marzo de 2013.

⁴⁹⁹ COEVA de la región de La Araucanía, *RCA Res. Ex. N° 91/2013*, de 15 de abril de 2013.

i) el proyecto altera de manera significativa los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos tanto en la dimensión antropológica como socioeconómica y productiva (letras c) y d) del art. 8 del RSEIA, letra c) del art. 11 de la LBGMA)⁵⁰⁰, las cuales son altamente dependientes de la disponibilidad y accesibilidad a los recursos naturales y en especial al recurso hídrico. La disminución del caudal del río en un tramo de 7,8 km y el insuficiente caudal ecológico establecido (765 l/s), cantidad muy reducida si se toma en cuenta el caudal promedio y las crisis hídricas en la estación estival, suponen una afectación significativa a la sustentabilidad y desarrollo de la actividad turística asociada al entorno natural del río así como de las iniciativas hortícolas y ganaderas que usan el agua del río Panguí.

ii) localización próxima a población protegida por leyes especiales ya que las comunidades mapuche susceptibles de ser afectadas se encuentran colindantes al emplazamiento del proyecto - las Comunidades Juan de Dios Ancamil y Julián Collinao están a una distancia aguas arriba del proyecto cercana a 1,5 km- y son atravesadas por el mismo (letra a) del art. 9 del RSEIA, letra d) del art. 11 de la LBGMA). Además, reprochan que el titular solo aporta información genérica respecto de la magnitud, duración y emplazamiento del proyecto para evaluar la afectación de la letra d) del art. 11 de la LBGMA.

iii) alteración significativa en términos de duración o magnitud del valor paisajístico y turístico de la zona, especialmente en el sector Huitraco amenazado por la pérdida de caudal, y obstrucción del acceso a los recursos o elementos del medio ambiente con valor paisajístico o turístico de esta zona (letras b) y c) del art. 10 del RSEIA, letra e) del art. 11 de la LBGMA).

iv) alteración y amenaza de sitios o monumentos pertenecientes al patrimonio cultural, como los dos fortines de Huitraco con valor antropológico y arqueológico (letra c) del art. 11 del RSEIA, letra d) del art. 11 de la LBGMA), que se emplazan de manera contigua al trazado del proyecto, próximos a las líneas de transmisión (art. 11 letra d) del RSEIA)⁵⁰¹ y tienen una especial significancia cultural para el pueblo mapuche en la

⁵⁰⁰ Los recurrentes argumentan que la información contenida en las ADENDAS del titular no es suficientemente concisa para descartar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres que ellos consideran acreditada por medio del peritaje antropológico que presentan.

⁵⁰¹ Los fortines eran sitios de carácter estratégico-defensivo que datan del s. XVI cuando Villarrica era uno de los primeros centros poblados en Chile durante el temprano contacto hispano-indígena (Matamala 2013, citada por INDH 2013b)”.

medida que estos vestigios y la cerámica de la zona constituyen un patrimonio cultural material mapuche que apoya procesos de reconstrucción identitaria y social que es necesario proteger. Los recurrentes recuerdan el deber que tiene el Estado chileno de proteger los lugares de significación cultural mapuche y la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios⁵⁰², sustentando este reclamo en el art. 13 del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco (Rol N° 2026-2008) en que la Corte señala el deber del Estado de proteger el patrimonio cultural e histórico de los pueblos indígenas y sus ecosistemas y manifestaciones culturales, añadiendo que el proyecto afectará usos culturales del territorio de la comunidad Juan de Dios Ancamil como la recolección de frutos silvestres y el uso de senderos ribereños, afectaciones que no son tenidas en cuenta durante la tramitación del proyecto.

v) Respecto de la susceptibilidad de afectación directa, los recurrentes citan jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco para recordar que no es necesario probar la susceptibilidad de afectación para exigir que el instrumento de ingreso al SEIA sea un EIA, ya que es precisamente a través del EIA que se verificarán las afectaciones⁵⁰³ y que solo con que un OAECA reconozca que las comunidades se encuentran dentro del área de emplazamiento del proyecto, la Corte entenderá que están expuestas a externalidades negativas incluso aunque el OAECA sostenga que no hay afectación directa a las comunidades.

En definitiva, como el titular no demuestra que no concurren los efectos, características o circunstancias del art. 11, letras c), d) y f), de la LBGMA e incumple el art. 15 letra c) del RSEIA, los recurrentes concluyen que el proyecto debió ingresar mediante un EIA y la COEVA debió rechazar la DIA. Como no sucedió de esta manera, se constituyó el primer motivo de ilegalidad de la RCA.

Un segundo motivo de ilegalidad que esgrimen los recurrentes tiene que ver con la infracción al deber de consulta del Convenio 169 de la OIT, el cual perfecciona y llena de contenido el art. 34 de la Ley Indígena con el estándar de que las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a comunidades indígenas deben contemplar la realización de una consulta previa de buena fe, de manera apropiada a las

⁵⁰² Los recurrentes estiman que la territorialidad indígena no puede ser discutida ya que procede de títulos de merced reconocidos por el art. 12 de la Ley Indígena.

⁵⁰³ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1029-2005, de 19 de octubre de 2005.

circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo⁵⁰⁴ o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas⁵⁰⁵ e indican que parte de la doctrina del derecho constitucional (Eduardo Cordero) reconoce que es obligación del Estado aplicar normas internacionales de derechos humanos cuando estas agregan un *plus* a las normas del derecho interno; lo contrario, supondría subordinar normas de rango constitucional al desarrollo legislativo y comportaría una vulneración del art. 27 de la Convención de Viena, por la que un Estado no puede invocar disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. De manera que los recurrentes advierten que el derecho a la consulta previa del Convenio 169 de la OIT es una norma de carácter autoejecutable⁵⁰⁶ y que no puede entenderse satisfecha con los mecanismos recogidos en la legislación interna porque la consulta no puede reducirse a un mero acto informativo o reuniones de sociabilización del proyecto, sino que es un proceso cuya finalidad es la de garantizar la posibilidad de incidir y la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones⁵⁰⁷. Los recurrentes alegan que la falta de consulta en contextos de susceptibilidad de afectación directa hace que los actos administrativos sean ilegales por falta de fundamentación y supone una infracción del derecho a la igualdad ante la ley ya que niega trato de iguales a las comunidades indígenas afectadas e impide la posibilidad de que los pueblos indígenas intervengan en igualdad de condiciones en su mayor realización material y espiritual posible⁵⁰⁸. Para los recurrentes, la susceptibilidad de afectación directa viene dada por la proximidad del proyecto a comunidades mapuche (1,5 km), porque el proyecto se asienta en territorio indígena y por la proximidad del proyecto a lugares de significación cultural como los fortines Huitraco Alto y Huitraco Bajo adyacentes al proyecto. De esta manera, la RCA de la CH Pangui es una medida administrativa susceptible de afectar directamente a las comunidades presentes en el área de influencia del proyecto, por lo que correspondía la realización de una consulta previa y su omisión torna ilegal a la Res. Ex. N° 91/2013 de la COEVA.

Asimismo, los recurrentes reprochan la arbitrariedad de la resolución de la autoridad ambiental por haber omitido un análisis razonado respecto de la presencia de

⁵⁰⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1705-2009, de 21 de enero de 2010.

⁵⁰⁵ Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 309, señala esta diferencia entre el estándar del art. 34 de la Ley Indígena y el de la consulta previa del Convenio 169 de la OIT.

⁵⁰⁶ Tribunal Constitucional, sentencias Rol N° 309, de 4 de agosto de 2000, y Rol N° 1050, de 3 de abril de 2008.

⁵⁰⁷ Corte Suprema, sentencia Rol N° 258-2011, de 13 de julio de 2011, modificación del Plano Regulador de San Pedro de Atacama.

⁵⁰⁸ Ibidem.

comunidades mapuche en las proximidades del proyecto. Si bien hace referencia a su presencia, solo se expone para negar la alteración significativa a los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas (letra c) del art. 8 del RSEIA), pero la arbitrariedad de la RCA se deriva de la omisión de la RCA en hacerse cargo del ámbito de protección “localización en o próxima a población protegida” y justificar la ausencia de los efectos de la letra d) del art. 11 de la LBGMA y de la letra a) del art. 9 del RSEIA (valor paisajístico o turístico), especialmente respecto de población protegida. Los recurrentes estiman que la RCA es arbitraria porque no explica ni justifica porque no se está ante las circunstancias de las letras c), d), e) y f) del art. 11 de la LBGMA cuando el proyecto i) altera significativamente los sistemas de vida y costumbres de GHPPI tanto en la dimensión antropológica como socio económica (letras c) y d) del art. 8 del RSEIA, en relación con la letra c) del art. 11 de la LBGMA); ii) se encuentra próximo a población protegida por leyes especiales (letra a) del art. 9 del RSEIA, en relación con la letra d) del art. 11 de la LBGMA); iii) altera de manera significativa en términos de magnitud o duración el valor paisajístico o turístico de la zona ya que se alteran recursos o elementos del medio ambiente de zonas con valor paisajístico o turístico y se obstruye el acceso a los mismos (letras b) y c) del art. 10 del RSEIA, en relación con la letra e) del art. 11 de la LBGMA); y iv) amenaza sitios de valor antropológico y arqueológico como los fortines que pertenecen al patrimonio cultural (letra c) del art. 11 del RSEIA, en relación con letra f) del art. 11 de la LBGMA).

Los recurrentes mapuche sostienen que la RCA N° 91/2013 de la COEVA de la región de La Araucanía es ilegal porque vulnera la Ley Indígena que establece la obligación del Estado de proteger el patrimonio y la diversidad cultural, el Convenio 169 de la OIT que comporta el deber de realizar la consulta previa cuando una medida administrativa sea susceptible de afectar directamente a población indígena, la normativa ambiental que establece que cuando concurren los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA procede que el proyecto ingrese al SEIA a través de un EIA y no de una DIA, y las siguientes garantías constitucionales: vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19.2 de la CP), por ignorar a lo largo del proceso de evaluación ambiental la necesidad de realizar una consulta previa con las comunidades mapuche susceptibles de ser afectadas directamente por el proyecto, lo que supone tratar a la población indígena de la misma manera que al resto de la población en contextos en que deben ser tratados de manera diferente tal y como establece el Convenio 169 de la OIT y

ha reconocido la jurisprudencia de la propia Corte de Apelaciones⁵⁰⁹, lo que comporta una mirada estrecha del derecho a la igualdad tendente a garantizar la igualdad formal de todos los ciudadanos pero que en la práctica supone perpetuar la desigualdad material de los grupos más vulnerables ya que no se ofrece a los pueblos indígenas la oportunidad de desarrollar su mayor realización espiritual y material posible; vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19.8 de la CP), que incluye los aspectos socioculturales y la relación de estos con el hábitat que les rodea⁵¹⁰; vulneración del derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral o al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (art. 19.21 de la CP), ya que el proyecto pone en riesgo el derecho de los vecinos del sector de Huitraco, de las comunidades mapuche de Los Sauces y Relicura, y de toda la comunidad de Curarrehue, de poder llevar adelante sus emprendimientos, tanto turísticos como agrícolas y ganaderos, debido a que el agua y el valor paisajístico del río son imprescindibles para la sustentabilidad y el desarrollo de los mismos; y vulneración del derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19.22 CP).

En base a estas alegaciones es que los recurrentes solicitan a la Corte de Apelaciones de Temuco dejar sin efecto la RCA, que el proyecte ingrese al SEIA mediante un EIA y que ordene a los órganos responsables del Estado realizar una consulta previa con las comunidades mapuche susceptibles de ser afectadas por el proyecto.

5.2.2. Alegaciones del SEA.

Solicita que el recurso sea rechazado por las siguientes consideraciones: es ejercido por personas jurídicas que no son titulares del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; no es la vía apropiada para discutir materias técnicas; no concurren en la causa los requisitos de procedencia del recurso protección, esto es, no existe acto u omisión ilegal imputable a la COEVA y no se afectan garantías constitucionales de los recurrentes; la COEVA debe encontrar fundamentos de su

⁵⁰⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1705-2009, de 21 de enero de 2010.

⁵¹⁰ Los recurrentes citan en su recurso las fuentes del derecho que protegen el medio ambiente de los pueblos indígenas (la LBGMA; los arts. 4.1, 13.1 y 15.1 del Convenio 169 de la OIT; los art. 25 y 29.1 de la DNU; y el art. 8 letra j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica) para sostener que el medio ambiente de las comunidades y de los propietarios particulares se ve afectado por el proyecto hidroeléctrico de diferentes formas.

calificación en el procedimiento de evaluación ambiental y no fuera, y la CONADI y el CMN se pronuncian conformes; la RCA no tiene la capacidad de vulnerar garantías constitucionales ya que es solo una certificación ambiental; no existen comunidades mapuche en el área de emplazamiento del proyecto, ya que se encuentran respectivamente a 2.500 m y 1.600 m de los puntos de captación y restitución de las aguas, es decir, no se produce afectación de tierras indígenas ya que el proyecto no se emplaza próximo a población protegida ni interviene áreas protegidas, de manera que no se suscitan los efectos, características o circunstancias de los arts. 8, 9 y 10 del RSEIA; no se produce alteración significativa en los componentes del medio ambiente fauna, flora y paisaje debido a que la vegetación debe ser reforestada, no se produce explotación de fauna y no se produce alteración del valor paisajístico o turístico porque la zona no tiene este valor y porque las tuberías serán enterradas; no hay afectación al patrimonio cultural porque no hay lugares próximos al emplazamiento del proyecto donde se desarrollen manifestaciones propias de la cultura mapuche y porque además se contará con la presencia de un arqueólogo para monitorear la fase de escarpe y construcción para prevenir el daño a eventuales hallazgos; se ha satisfecho el art. 34 de la Ley Indígena porque se han llevado a cabo procesos de socialización y se ha dialogado y recogido la opinión de la población mapuche; no procede la realización de la consulta previa porque no se dan los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, por lo que no se produce infracción al deber de consulta previa; y no hay arbitrariedad en el acto administrativo porque el procedimiento del SEIA es reglado.

5.2.3. Alegaciones del titular.

Solicita a la Corte de Apelaciones de Temuco que el recurso de protección sea rechazado por no referirse la violación de derechos a una persona determinada, no cumplirse con los requisitos de la legitimación activa para denunciar y observarse falta de interés de los recurrentes; no ser el recurso de protección la vía idónea para impugnar consideraciones técnicas, ya que existen otras instancias administrativas para ello; el proyecto no genera alteración significativa de la dimensión antropológica de la letra c) del art. 8 del RSEIA ni los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA y, en definitiva, porque la RCA no es arbitraria ni ilegal ya que cumple con la normativa ambiental.

5.2.4. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.

Respecto de la inadmisibilidad del recurso de protección que solicita el SEA, la Corte de Apelaciones de Temuco recuerda que los requisitos para la interposición del recurso de protección son la existencia de un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace el ejercicio de garantías constitucionales y desecha la falta de legitimidad activa reclamada por el SEA ya que si bien es cierto que deducen la acción algunas comunidades indígenas, Juntas de Vecinos y organismos locales, sostiene la Corte que debe entenderse que comparecen sus representantes en favor de las personas naturales que conforman esos estamentos que podrían ver afectadas sus garantías constitucionales.

Respecto de la solicitud de los recurrentes de que el proyecto debía ingresar mediante un EIA ya que la resolución de la COEVA no había explicado ni justificado por qué no se producían los efectos, características o circunstancias de las letras c), d), e) y f) del art. 11 de la LBGMA (alteración significativa de sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas; valor ambiental del territorio; alteración significativa del valor paisajístico o turístico y de monumentos y sitios con valor arqueológico, antropológico, histórico, y en general, los pertenecientes al patrimonio cultural). A este reproche de ilegalidad la Corte de Apelaciones señala que la COREMA debe solicitar a los OAECA que se pronuncien respecto de si la DIA debe ingresar mediante un EIA por concurrir los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA y tras implementarse este procedimiento la COEVA resolvió por unanimidad que el proyecto no suscita una alteración significativa de los literales c), d), e) y f) del art. 11 de la LBGMA invocados por los recurrentes tras considerar que i) no se produce alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de GHPP, y destaca que la RCA considera un aumento del caudal ecológico fijado por la DGA para la época de verano y que no se afectaría a las actividades que se realizan entre el punto de captación y restitución de las aguas; ii) no hay población indígena en el área de emplazamiento del proyecto y el proyecto no se localiza en o próximo a población protegida susceptible de ser afectada, ya que los predios intervenidos pertenecen a particulares no indígenas, no forman parte de Áreas de Desarrollo Indígena y no son de interés para las comunidades mapuche por la realización de ceremonias, peregrinaciones, celebraciones, etc.; iii) no se produce alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de la

zona; y iv) no se produce alteración de monumentos o sitios pertenecientes al patrimonio cultural.

En base a las observaciones de la COEVA y considerando i) que los terrenos donde se emplaza el proyecto no tienen la calidad de indígenas conforme a lo establecido en la Ley Indígena; ii) que los recurrentes no discuten que los terrenos no son ocupados por población indígena y que su comunidad se encuentra a más de 1 Km del emplazamiento del proyecto; iii) que la alegación de proximidad del proyecto a población protegida no es un criterio suficiente si no se justifica algún grado de afectación a aquella; iv) que los recurrentes no han explicitado razonablemente las afectaciones que les produciría la RCA favorable del proyecto; v) que no se reconoce en el expediente de autos ninguna afectación significativa en las comunidades indígenas aledañas al proyecto; vi) que no aparece como un hecho indubitado en el expediente de evaluación ambiental que los dos fortines se encuentren dentro del área intervenida por las tuberías ya que tanto la CONADI como el CMN señalan que los dos fortines se encuentran en terrenos no indígenas; y vii) que cualquier posible daño al patrimonio cultural será prevenido gracias a la presencia de un arqueólogo que supervisará las labores de remoción de tierras; finalmente, la Corte de Apelaciones de Temuco resuelve rechazar el recurso en todas sus partes al entender que la autoridad ambiental procedió correctamente al aprobar el proyecto y no de manera arbitraria e ilegal como pretenden los recurrentes ya que del expediente de evaluación ambiental no se vislumbra la necesidad de realizar un EIA por no configurarse ninguno de los causales del art. 11 de la LBGMA, ni suscitarse ningún grado de afectación directa en la comunidades mapuche que exigiera la realización de una consulta previa. Desde la presunción de legalidad de los actos administrativos y la constatación de que recurrentes no han presentado las motivaciones suficientes para demostrar cómo se produciría la afectación significativa en las comunidades o la privación, perturbación o amenaza de las garantías constitucionales invocadas, la Corte de Apelaciones de Temuco concluye que las pretensiones mapuche están fundamentadas en meras afirmaciones contradichas por los informes y diagnósticos de todos los OAECA por lo que deben ser rechazadas⁵¹¹.

⁵¹¹ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1377-2013, de 16 de septiembre de 2013.

5.2.5. Resolución de la Corte Suprema.

El 21 octubre de 2013 la Corte Suprema rechaza la apelación presentada por los recurrentes mapuche y confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco⁵¹².

5.3. Relevancia jurídica del caso.

Desde una dimensión estrecha de los efectos del litigio mapuche, el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco pone de manifiesto las dificultades que encuentran los movimientos sociales a la hora de desafiar exitosamente por la vía judicial la RCA de un proyecto que ha sido aprobada por unanimidad y cuenta con el respaldo de todos los pronunciamientos conformes de los OAECA, incluso cuando los pueblos indígenas presentan un recurso en coalición con otros actores del territorio como grupos ecologistas, agricultores de la zona, juntas de vecinos y Cámara de Turismo o la propia Municipalidad, que se ha manifestado en contra del proyecto por sus efectos e incompatibilidad con los PLADECO. Además, la Corte muestra una concepción estrecha de la territorialidad indígena, al tomar como referentes la Ley Indígena (propiedad inscrita o posesión de Títulos de Merced y de Comisario) y el criterio de la distancia de las comunidades respecto del emplazamiento del proyecto (1,5 km) y reprocha a los recurrentes que no hayan disputado la ocupación indígena de esos espacios territoriales intervenidos por el proyecto. De esta manera, la Corte de Apelaciones de Temuco traslada la carga de la prueba de la territorialidad indígena, la susceptibilidad de afectación directa del proyecto y la concurrencia de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA sobre las espaldas de los recurrentes mapuche, fijando el estándar para la procedencia del EIA y de la consulta no solo a que el proyecto se localice en o próximo a comunidades mapuche, sino que además debe acreditarse razonablemente el grado de afectación directa y la significancia de los impactos en su contra (Durán-Soto 2014). De esta manera, como señala Donoso, el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco homologa los impactos socioambientales que exigen la presentación de un EIA (art. 11 de la LBGMA) con la susceptibilidad de afectación directa que hace exigible la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT. A contrario sensu, la ausencia de dichos impactos socioambientales es indicativa de la falta de afectación directa y comporta, como en el caso *sublite*, que no sea necesario realizar la consulta previa (Donoso 2014). Este criterio de homologación entre la significancia de los impactos socioambientales para que el proyecto ingrese y sea

⁵¹² Corte Suprema, sentencia Rol N° 8616-2013, de 21 de octubre de 2013.

evaluado mediante un EIA y la susceptibilidad de afectación directa requerida para la procedencia de la consulta indígena es mantenida invariablemente por la Corte Suprema, pero fue precisamente a raíz de este fallo de la Corte Suprema cuando se asienta la doctrina de que la consulta previa procede cuando se está ante un EIA y no de una DIA (Durán-Soto 2014).

En cambio, en base a la descripción del proyecto y la información recogida en el expediente de evaluación, el INDH entiende que el proyecto CH Pangui se localiza próximo a población protegida susceptible de verse afectada y a sitios arqueológicos y de valor cultural (fortines), por lo que estima que existían razones para pensar que la magnitud y duración del proyecto, de acuerdo con la LBGMA (art. 11 letra d) y el RSEIA (art. 9), ameritaban el ingreso del proyecto mediante un EIA y la habilitación de las normas de participación contempladas en los arts. 29 y siguientes de la LBGMA ajustando esta participación a las obligaciones del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la misión del INDH a La Araucanía constató, en base a la documentación contenida en el SEA y los testimonios recibidos por mapuche y autoridades comunales del territorio de Curarrehue, que el proyecto no fue sometido a consulta previa de acuerdo a los estándares internacionales que rigen en la materia⁵¹³. Dichos estándares, reconocidos por la Corte Suprema, los órganos de control de la OIT y el Relator Especial de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, indican que no bastaría para satisfacer el estándar de la consulta socializar y entregar información, si no que se requiere dialogar con el objetivo de alcanzar un acuerdo que considere efectivamente la opinión de los pueblos interesados (INDH 2013b). Por consiguiente, las reuniones informativas realizadas previas a la evaluación favorable del proyecto desarrolladas el 23 de septiembre de 2011; las audiencias de trabajo de 21 de septiembre de 2011 y 21 de noviembre de 2011, la visita demostrativa al Proyecto de Minicentral Hidroeléctrica El Manzano, comuna de Melipeuco de 10 de octubre de 2012, la socialización de la ADENDA N° 1 y las respuestas a consultas ciudadanas de 16 de noviembre de 2012 en el marco de la DIA, si bien representan un esfuerzo, no logran satisfacer adecuadamente los requisitos de la consulta previa. A ello cabe agregar que la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas se extiende a las tierras que el Estado ha reconocido como tales, a las

⁵¹³ Desde el Observatorio Ciudadano se comparte esta crítica al señalar que “al existir comunidades aledañas a la zona donde se construiría el proyecto, la empresa debe realizar un EIA, y el Estado tiene que realizar un proceso de consulta a las comunidades que serían afectadas, ajustándose a los estándares de derecho que fija el Convenio 169 de la OIT” (Silva 2011, citado en Vargas 2011).

tierras que tradicionalmente posean, tengan o no título de dominio reconocido e inscrito; *“y a las demás zonas que son de importancia cultural o religiosa para ellos o en la que tradicionalmente tienen acceso a recursos que son importantes para su bienestar físico o sus prácticas culturales”* de acuerdo a lo establecido en el Art. 14.1 del Convenio 169 de la OIT (INDH 2013b).

6. CH TACURA.

6.1. Antecedentes.

6.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

El proyecto consiste en la construcción y operación de una minicentral hidroeléctrica de pasada en el cauce del río Tacura (o Tracura), ubicado a unos pocos kms de la comuna de Melipeuco, provincia de Cautín. El proyecto ingresa al SEIA mediante una DIA a propuesta de la empresa Tracura Energía S.A. y prevé una inversión de 7,2 millones de dólares. La superficie intervenida por la construcción del proyecto alcanza las 2,17 ha.

Las obras de captación de las aguas consisten en la construcción de una barrera fija de 17,20 m que cruza el lecho del río y al lado izquierdo de esta barrera, lado de la toma, se ha dispuesto un canal de desriviación que será controlado mediante una compuerta plana de operación manual. Esta bocatoma permitirá capturar un caudal máximo de 4,29 m³/s, considerando un caudal ecológico de 0,28 m³/seg.

Las aguas captadas serán conducidas por un canal abierto de aducción subterráneo de 1,47 m de longitud hasta la cámara de carga, con unas dimensiones de 16,82 m de largo por 4,40 m de ancho. Desde la cámara de carga, sale una tubería de descarga o *penstock* de longitud de 410 m que transporta el caudal hasta las turbinas de la unidad generadora que se ubica al interior de la casa de máquinas. Algunos tramos del *penstock* son superficiales y otros subterráneos. La caída de las aguas es de 163 m.

La unidad generadora consta de dos turbinas tipo Pelton que permiten obtener una potencia instalada de 5,87 MW (posteriormente se haría una modificación al proyecto para obtener hasta 7,7 MW). El agua turbinada es devuelta al río a través de un canal de descarga de 10 m de longitud, siendo la distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas ligeramente superior al km.

El proyecto requiere la construcción de una línea de 66Kv para conectar la central al SIC a través del Nudo de Temuco. La distancia de la red a construir desde la central al nodo de conexión corresponde a 100 km aproximadamente. Con respecto a la construcción de la red eléctrica se realizará una vez aprobado el proyecto de la central y

aprobado el proyecto de la red, ya que ésta se presentará a la COREMA de la novena región como un proyecto totalmente independiente de la central.

La construcción de la central comporta el cambio de usos del suelo pero no tala de bosque nativo y según la DIA no existen comunidades indígenas dentro de los predios involucrados en la construcción de obras ni tampoco en los predios colindantes.

6.1.2. Tramitación ambiental del proyecto.

El proyecto ingresa al SEIA mediante una DIA el 20 de diciembre de 2007 para que sea evaluado y calificado por la COREMA de la región de La Araucanía. Entre febrero y marzo de 2008 los diferentes OAECA emiten sus respectivos pronunciamientos: conformes el CMN; la CONAF, la Subsecretaría de Energía y el SEC; con observaciones el SERNAGEOMIN, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el SAG, la SEREMI de Agricultura, la DGA, la SEREMI MOP, la DGA, el SERNATUR y la SEREMI de Salud. Estas observaciones fueron compiladas en el primer ICSARA de 17 de marzo de 2008. En sus observaciones, la CONADI indica que: i) como el proyecto contempla el dominio de los DAA arriba de la Comunidad Indígena Juan Bautista Huichapan, considera fundamental la opinión de la DGA respecto de si se afectará a dicha comunidad en relación a las letras a), b) y c) del art. 11 de la LBGMA; ii) solicita al titular que realice una reunión participativa con dicha comunidad para explicar los efectos y alcances del proyecto y recabar la voluntad de la comunidad respecto al proyecto para dar cumplimiento al art. 34 de la Ley Indígena y conocer si se produce el efecto recogido en la letra c) del art. 11 de la LBGMA (reasentamiento o alteración significativa de modos de vida y costumbres de GHPPI); y iii) como la inspección arqueológica presentada no da claridad respecto de la existencia de sitios de significación cultural, se debería presentar un informe antropológico para acreditar que no se produzca el efecto de la letra f) del art. 11 de la LBGMA 514.

En su primera Adenda de 27 de marzo de 2008, el titular responde que i) a pesar de que la inspección arqueológica da cuenta de que no existen razones vinculadas al patrimonio cultural que hagan necesaria la presentación de un EIA, se compromete a organizar una visita a terreno de un arqueólogo o antropólogo antes de la fase de construcción del proyecto para tratar de identificar lugares de significación cultural

⁵¹⁴ Subdirección Nacional Temuco CONADI, Of. Ord. N° 174, de 28 de Febrero de 2008.

mapuche; ii) convocará a una reunión participativa a la Comunidad Indígena Juan Bautista Huichapan, con la finalidad de presentarles el proyecto e informarles de los beneficios que genera el proyecto a nivel regional y nacional así como del trabajo conjunto con el Municipio de Melipeuco, ya que la gerencia de la central se estaría haciendo cargo de los costos y apoyo técnico de la Escuela Comunitaria que se ubica en el sector de Carén Alto⁵¹⁵.

A esta primera Adenda del titular, entre marzo y abril de 2008, se pronunciaron conformes el SERNAGEOMIN, la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la SEREMI de Agricultura; con observaciones el SAG, la DGA, la SEREMI de Obras Públicas, el SERNATUR, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y la SEREMI de Salud; e inconforme la CONADI. Las razones de la CONADI para manifestarse inconforme con el proyecto fueron que se requiere i) la participación de la Comunidad Indígena Juan Bautista Huichapan en una reunión informativa y que la voluntad de la comunidad de aceptación o rechazo del proyecto sea recogida en una acta de la propia comunidad certificada por su directiva; ii) la realización de un informe antropológico antes de la aprobación del proyecto; iii) el compromiso del titular que en caso de producirse un hallazgo de un sitio de significación cultural mapuche, deberá establecerse un área de protección de un radio de 2 km, en conformidad a lo dispuesto en los art. 1, 28 y ss. de la Ley Indígena⁵¹⁶.

Estas observaciones y pronunciamientos fueron presentados al titular en un segundo ICSARA de 21 de abril de 2008, que en su segunda Adenda de 29 de abril de 2008 respondió que: i) la reunión informativa con las comunidades indígenas se realizó el 26 de abril y que adjunta la correspondiente acta; ii) el informe antropológico se encuentra en proceso de desarrollo; iii) no existen predios indígenas en el trazado de las obras del proyecto (bocatoma, canal de aducción, cámara de carga, penstock, casa de máquina, canal de restitución); iii) se compromete a hacer efectiva la visita de un

⁵¹⁵ Adenda N° 1 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la DIA del Proyecto "Central de Pasada Tacura, de 27 de marzo de 2008.

⁵¹⁶ Subdirección Nacional Temuco CONADI, Of. Ord. N° 299, de 9 de Abril de 2008.

arqueólogo o antropólogo durante la etapa de construcción y en caso de hallazgos de sitios arqueológicos o de significación cultural mapuche dar aviso a la institución pertinente⁵¹⁷.

A la segunda Adenda del titular, entre abril y mayo de 2008 se pronunciaron conformes la DGA, la SEREMI de Obras Públicas, la SEREMI de Vivienda y Urbanismo, la SEREMI de Agricultura, el SERNATUR; con observaciones el SAG, la CONADI; e inconforme la SEREMI de Salud. En lo que concierne a la CONADI, observó que i) se debe realizar el informe antropológico de manera previa a la RCA; y ii) la participación de la Comunidad Indígena Juan Bautista Huichapan debe acreditarse por medio del acta de la asamblea conforme a los estatutos que la rigen y debe manifestarse la aceptación o no del proyecto⁵¹⁸. El compendio de las observaciones fue recogido en un tercer ICSARA que se hace llegar al titular y su respuesta tuvo lugar en una tercera Adenda de 19 de mayo de 2008, en donde el titular sostuvo que i) ya se presentó un acta de la asamblea donde quedó estipulado la aceptación del proyecto por parte de los comuneros; ii) se compromete a entregar una copia del acta original a la comunidad para que sea archivada y respaldada por ellos; y iii) se adjunta el informe antropológico solicitado por la CONADI⁵¹⁹.

A la tercera Adenda, respondieron conformes el SAG, la Ilustre Municipalidad de Melipeuco, la SEREMI de Agricultura, e inconformes la SEREMI de Salud y la CONADI. La CONADI se declara inconforme porque el acta acompañada no reúne los requisitos de los estatutos de la comunidad Juan Bautista Huichapan y porque no clarifica si el proyecto genera los efectos, características o circunstancias recogidos en el art. 11 de la LBGMA⁵²⁰. Se le hacen llegar al titular los pronunciamientos de los OAECA en un cuarto ICSARA, y este responde mediante su cuarta Adenda de 4 de junio de 2008 a las observaciones de la SEREMI de Salud pero no a las de la CONADI, logrando que la SEREMI de Salud se pronuncie conforme con la cuarta Adenda del titular. Finalmente, se le hace llegar una quinta ICSARA al titular en donde el SEA de la región de La Araucanía solicita al titular una serie de clarificaciones técnicas como detallar el tipo de

⁵¹⁷ Adenda N° 2 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto "Central de Pasada Tacura", de 29 de abril de 2008.

⁵¹⁸ Subdirección Nacional Temuco CONADI, of. Ord. N° 363, de 6 de mayo de 2008.

⁵¹⁹ Adenda N° 3 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto "Central de Pasada Tacura".

⁵²⁰ Subdirección Nacional Temuco CONADI, of. Ord. N° 404, de 27 de mayo de 2008.

cierre que tendrá el canal abierto, establecer cómo el trazado del canal abierto permitirá y mantendrá un flujo normal de las aguas lluvias y vertientes que vienen de aguas arriba de la ladera, y diseñar un plan de contingencia frente al potencial colapso y derrumbe de las obras, además de incorporar un plan de vigilancia y mantención de las obras complementarias al proyecto. La quinta Adenda del titular da respuesta a estas cuestiones y el proyecto es finalmente aprobado por la RCA, la cual se muestra disconforme con el rechazo del proyecto de la CONADI ya que considera que i) los predios involucrados al proyecto no pertenecen a comunidades indígenas; ii) la comunidad Juan Bautista Huichapan se encuentra aguas abajo del punto de restitución del proyecto, por lo que no existe influencia directa sobre ella ya que el proyecto no realizará ningún tipo de obras en este tramo, además de que restituye el agua en igual cantidad y calidad; iii) los informes antropológicos y arqueológicos presentados por el titular durante la evaluación dan cuenta de que no existiría afectación significativa a las letras c), d) y f) del art. 11 de la LBGMA⁵²¹.

6.1.3. Recursos administrativos.

Contra esta RCA, se presentaron el 24 de julio de 2009 dos recursos extraordinarios de revisión por parte de José Relmucao Porma, *lonko* de la comunidad pehuenche Juan Meli, y Hilda Millahuan Huichapan, agricultora de la comunidad pehuenche Huichapan, los cuales fueron acompañados de un estudio antropológico por parte de Gonzalo Toledo Martel⁵²², para sustentar que la resolución de la COREMA incurría en un grave error de hecho por los siguientes motivos: i) la RCA no toma en consideración la presencia de comunidades mapuche a escasos metros de los lugares intervenidos por el proyecto debido a que la información antropológica presentada por el

⁵²¹ COREMA de la IX Región de La Araucanía, Res. Ex. N° 147, de 2 de julio de 2008.

⁵²² El informe antropológico “Patrimonio cultural mapuche tangible e intangible: el caso Trayenko Trafkura de la Comuna de Melipeuco” presentado en el marco de un recurso extraordinario de revisión sostiene que el *trayenko* Trafkura reúne las características como patrimonio cultural tangible e intangible de los mapuche, destacando que es un espacio de significación cultural muy especial porque está unido, tomado o atado al cosmos, es una puerta abierta para entrar desde el agua a la dimensión superior, y también por la presencia del *ngen* y la abundancia de *lawen* que solo crece en esos espacios. Este estudio realiza una fuerte crítica al informe antropológico del proponente por las falencias metodológicas que presenta en lo que respecta a su confiabilidad y validez ya que no explicita cómo se realizó la recolección de datos, no identifica a la población objeto de estudio ni los instrumentos o protocolos de recolección de información, no dice el nombre ni el criterio para definir qué es un informante clave, no explica cuándo y cuánto tiempo demandó realizar el trabajo de campo, por lo que en realidad se asemeja a un estudio de gabinete que usa fuentes secundarias que hacen irrelevante sus conclusiones (Toledo-Martel 2008).

titular es vaga, imprecisa, sesgada y falsa; ii) las reuniones realizadas no cumplieron la finalidad de informar sino de validar el proyecto mediante el engaño; iii) se utiliza el criterio distancia para desestimar el impacto en las comunidades obviando la relación espiritual que las comunidades tienen desde tiempos inmemoriales con los saltos de agua sagrados (*trayenko* Trafkura); iv) no considera la afectación a la fauna de la zona altoandina del valle Tracura como el cóndor, la huiña, el puma y otras especies en vías de extinción; v) la desaparición de espacios sagrados como los saltos de agua comporta una afectación significativa a la cultura y formas de vida, afectando a su espiritualidad, religión y culto, así como a la práctica ancestral de recolección de especies con fines medicinales que se encuentran exclusivamente en el lecho del río y alrededor de los saltos de agua⁵²³.

Sendos recursos extraordinarios de revisión fueron rechazados por la Dirección Ejecutiva de la CONAMA por ser presentados fuera de plazo⁵²⁴ y estimar que la RCA no presentaba los vicios alegados por los recurrentes de forma que el procedimiento y la decisión adoptada por la COREMA se ajustaban a derecho. Fundamenta la juridicidad de la RCA en que i) el proyecto no genera los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA ya que a) durante el proceso de evaluación ambiental se determina que no existen comunidades indígenas en el área de emplazamiento del proyecto y los terrenos afectados pertenecen a particulares no indígenas; b) la RCA establece que deberán mantenerse las condiciones del río en lo referente a la cantidad y calidad de las aguas, comprometiéndose el titular a devolver 400 l/s en época de estiaje, caudal equivalente al que fluye en la misma época sin la operación del proyecto, de forma que no se verán afectados los *trayenko* existentes río abajo del punto de devolución de las aguas; ii) la Adenda n° 3 del titular sostiene que en base a los antecedentes históricos, testimonios recogidos e informes arqueológicos disponibles no se verán afectados los sistemas de vida y el patrimonio cultural de las comunidades en el área de influencia del proyecto, consideraciones que no fueron objeto de observaciones por parte de la CONADI; iii) no se produce afectación al *lawen* dado que el titular se compromete a que toda modificación del cauce sea autorizada por la DGA (Adenda n° 1), mantener la mayor cobertura vegetal posible, valorar la posibilidad de mantener franjas de cobertura vegetal

⁵²³ Recursos Extraordinarios de Revisión, Rol N° 36/09 J.Relmucio, y Rol N° 36bis/09 H.Millahuan, de 13 de junio de 2011.

⁵²⁴ La Res. Ex. N° 147 fue dictada el 2 de julio de 2008 y los recursos extraordinarios de revisión fueron interpuestos el 24 de julio de 2009, vencido el plazo de un año que fija el art. 60 de la LBPA.

con especies nativas a lo largo de la extensión del canal superficial y no obstruir cauces naturales permanentes (Adenda n° 2); iv) no se produce afectación significativa al componente fauna dado que el ruido se circunscribe a la casa de máquinas, la mayor parte de la fauna no se encuentra en el área de emplazamiento del proyecto sino en áreas aledañas y el titular se compromete a ejecutar un plan de remoción de especies en categoría de conservación en la zona afectada por la bocatoma, conducción y casa de máquinas (Adenda n° 1); y vi) la CONADI no presenta observaciones respecto al supuesto uso de información tergiversada del informe antropológico del titular presentada en la Adenda n° 3⁵²⁵.

6.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

El 29 de septiembre de 2008, el egresado en derecho Boris Claudio Muñoz Yáñez deduce recurso de protección en favor de Héctor Osvaldo Alonzo González, comunidad Juan Painenao, Irene Romero Trecaman, agricultora de la Comunidad Esteban Trecamán, José Remulcao Porma, *lonko* de la comunidad Juan Meli, Juan Bonifacio Ancavil Melivilu, comunidad Melivilu Melirayén, Víctor Hugo Curin Nuñez, comunidad Melivilu Melirayén, Gloria Maritza Pinilla Pinilla, comunidad Melivilu Melirayén, Manuel Gozáñez Arias, comunidad Juan Bautista Huichapán, Flor María Carrillo González, comunidad Juan Bautista Huichapán, todos agricultores y comuneros pehuenche, de la comuna de Melipeuco, en contra de la COREMA de la región de La Araucanía y la CONAMA con motivo de la RCA favorable de la DIA del proyecto “Central de Pasada Tacura”.

6.2.1. Alegaciones mapuche.

El recurso de protección mapuche sostiene que la RCA constituye un acto administrativo ilegal y arbitrario debido a que: i) la COREMA omite la afectación del proyecto a los sistemas de vida y costumbres de los pueblos indígenas conforme a las letras c) y f) del art. 11 de la LBGMA, especialmente por el desconocimiento de la presencia mapuche en el sector Tracura y el ejercicio de su culto ancestral ligado a la presencia de un *trayenko*, por lo que se afecta significativamente a las costumbres y religión de los recurrentes; ii) la COREMA omite que el titular no satisface las petición de la CONADI relativa a la realización de una reunión participativa en donde se convoque

⁵²⁵ Dirección Ejecutiva de la CONAMA, Res. Ex. N° 8.075/2009, de 23 de diciembre de 2009.

a la comunidad Juan Bautista Huichapan para recoger su voluntad respecto del proyecto⁵²⁶ y dar así cumplimiento al art. 34 de la Ley Indígena ya que el acta de reunión informativa adolece de vicios flagrantes pues no constituyó un proceso informativo a la comunidad, no es un reflejo de una asamblea estatutaria y no recoge la voluntad de la comunidad; iii) La COREMA omite que la inspección antropológica presentada en la Adenda n° 3 del titular para dar respuesta al requerimiento de la CONADI adolece también de vicios y falencias significativas que le restan valor como esconder las fuentes, no señalar la metodología, no indicar la fecha de elaboración y no detallar las personas que viven alrededor de las zonas intervenidas.

Como medios de prueba para demostrar estas omisiones y falencias en la RCA de la COREMA, los recurrentes aportan un comunicado de la comunidad Juan Bautista Huichapan negando su participación en el acta de la reunión informativa presentada por el titular; una declaración de las comunidades pehuenche sobre el carácter religioso de los cursos de agua afectados; el Of. Ord. n° 299 de la CONADI donde declara su inconformidad con el acta informativa que presenta el proponente por carecer de fiabilidad y verosimilitud y concluye que el proyecto presenta los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA que ameritan la presentación de un EIA; y el of. Ord. N° 404 de la CONADI donde se manifiesta inconforme con las presentaciones del titular.

De esta manera, los recurrentes estiman que las omisiones arbitrarias e ilegales de la COREMA de la región de La Araucanía y la CONAMA, principalmente en lo concerniente a la desconsideración de los antecedentes presentados durante el proceso de evaluación ambiental y muy particularmente de los reiterados pronunciamientos y requerimientos de la CONADI, conducen a una resolución favorable a la aprobación del proyecto sin haber dado cumplimiento a lo exigido por la CONADI para proteger los derechos de las comunidades mapuche aledañas al emplazamiento del proyecto y suponen una vulneración de las siguientes garantías constitucionales: i) el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19.1 de la CP); ii) el derecho a la igualdad ante la ley (art. 19.2 de la CP); iii) el derecho a la libertad de culto y manifestación de todas las creencias que no sean contrarias a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (art. 19.6 de la CP), garantía constitucional que queda en letra muerta debido a

⁵²⁶ CONADI, Of. Ord. N° 174, de 28 de febrero de 2008.

que los mecanismos de protección legal (arts. 1 y 34 de la Ley Indígena y los arts. 10 y 11 de la LBGMA, letras c) y f), son ignorados en el proceso de evaluación y calificación ambiental; iv) el derecho al medio ambiente libre de contaminación (art. 19.8 de la CP), ya que se altera significativamente el medio ambiente, saltos de agua sagrados, y se subestiman las afectaciones sobre el paisaje, vegetación y fauna e incluso la propia presencia de comuneros mapuche en base a criterios arbitrarios e ilegales; v) el derecho de propiedad (art. 19.23 de la CP) ya que el proyecto comporta una alteración significativa del futuro económico de los comuneros fundamentado en un turismo de intereses especiales ligado al patrimonio ambiental de los recurrentes. Por estas razones es que los recurrentes adjuntan un acta de las comunidades pehuenche solicitando que se adopten las medidas necesarias para cesar la conducta arbitraria de las recurridas.

6.2.2. Alegaciones de la CONAMA.

La CONAMA solicita a la Corte de Apelaciones que rechace el recurso de protección en todas sus partes por las siguientes consideraciones: i) falta de personería para actuar en representación de los recurrentes ya que el egresado en derecho Sr. Boris Claudio Muñoz Yáñez no presenta el mandato o poder especial para actuar en nombre y representación de los comuneros. La CONAMA advierte que la acción de protección requiere de que medie poder o mandato para que el afectado entregue la representación de su derecho, pues no se trata de una acción popular donde cualquier persona puede actuar por sí o en nombre de otra y se defienden intereses colectivos o difusos⁵²⁷. Es decir, el jurista debe acreditar su personería en relación con quienes dice representar, de lo contrario no puede entenderseles como parte en el procedimiento y se entiende que actúa a título personal; ii) el recurso de protección no individualiza al recurrido ya que se presenta contra la COREMA y la CONAMA sin distinción alguna. La CONAMA se define como un servicio público funcionalmente descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, mientras que la COREMA sería un órgano desconcentrado que carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio pero que forma parte de la persona jurídica que integra la CONAMA. La CONAMA entiende que el recurso debería dirigirse contra la COREMA de la región de La Araucanía en tanto que autora de la RCA, pero como no se individualiza indubitadamente al recurrido se genera incertidumbre respecto a la legitimidad pasiva del recurrido y no se da cumplimiento a este presupuesto

⁵²⁷ La CONAMA cita el fallo de la Corte Suprema, recurso 707/2005 - resolución 9882.

procesal de la acción de protección; iii) el recurrente no explicita de manera concisa y clara cuales fueron las conductas arbitrarias y de qué modo estas se relacionan o producen la afectación a las garantías constitucionales invocadas; no indica el acto contra el que se recurre y no insinúa cuál es su pretensión de fondo y sus peticiones concretas a la Corte; v) la decisión de la COREMA no puede ser reprochada de ilegal y arbitraria o carente de racionalidad ya que a) no se observa cómo la RCA puede inmiscuirse en el culto, costumbres o manifestaciones indígenas; b) no existe vulneración al derecho de propiedad porque la resolución ambiental no plantea ningún supuesto o juicio sobre la posesión o dominio sobre ninguna clase de bienes; c) el recurso de protección se fundamenta en que la COREMA no consideró las opiniones de la CONADI al emitir su resolución, pero la desconsideración de las opiniones de la CONADI no comporta que la RCA sea ilegal y arbitraria, ya que si bien los pronunciamientos de los OAECA deben considerarse al momento de la evaluación y ponderarse y analizarse junto a otros elementos de juicio, no tienen fuerza vinculante y obligatoria para el órgano calificador (art. 9, inciso final de la LBGMA); vi) el pronunciamiento de la CONADI of. Ord. N° 404 no contiene el argumento que sostiene la recurrente ya que si bien la CONADI se declara inconforme con el proyecto, no realiza ningún análisis sobre esta inconformidad ni entrega antecedentes que justifiquen la presentación de un EIA, solo argumenta que el acta acompañada no cumple con los requisitos de los estatutos de la comunidad, y si bien el acta presentada es testimonio de una reunión informativa, sin embargo, no recoge la aprobación de la comunidad como alegan los recurrentes.

6.2.3. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.

La Corte de Apelaciones de Temuco resuelve que el recurso de protección no cumple con los requisitos de forma y fondo para ser acogido por las siguientes consideraciones:

i) el recurso de protección es improcedente por carecer de personería, no individualizar al recurrido, no contener peticiones concretas en su petitorio y no señalar cuál es el acto u omisión causante de los agravios. La Corte reprocha al recurrente que se presenta un recurso sin exhibir mandato o poder especial para actuar en nombre y representación de los afectados, recuerda que las comunidades indígenas deben actuar a través de sus representantes elegidos de acuerdo a la Ley Indígena, y observa que tampoco se acredita que las personas que se mencionan en el recurso representen a su comunidad,

situación delicada ya que podría darse el caso de que algunas comunidades indígenas no estuvieran de acuerdo con el recurso o con sus argumentos.

ii) no corresponde impugnar por medio del recurso de protección la resolución de la COREMA porque se trata de decisiones respecto de antecedentes técnicos y legales cuya evaluación ha sido entregada a la autoridad ambiental y, consecuentemente, no puede pedirse a la Corte de Apelaciones que adopte de manera inmediata providencias en materias que son eminentemente técnicas y en causas donde los derechos son controvertidos y no indubitados, por lo que requieren de un proceso de lato conocimiento donde deberán escucharse peritos y conocerse antecedentes de naturaleza muy especializada. La pretensión de los recurrentes de que la Corte defina si la calificación del proyecto fue o no acorde a los antecedentes técnicos presentados en el proceso de evaluación ambiental excede el ámbito propio de decisión de una Corte de Apelaciones al conocer de una acción constitucional de protección. En definitiva, la Corte de Apelaciones estima que el recurso de protección debe ser rechazado porque los recurrentes pretenden mediante esta vía modificar una calificación ambiental realizada por el órgano competente o discutir los aspectos técnicos de la calificación ambiental por ser esas materias, competencias exclusivas y excluyentes de la administración activa en donde el poder judicial no puede inmiscuirse sin vulnerar el principio de inavocabilidad⁵²⁸.

iii) La dictación de la RCA no tiene la capacidad de agraviar ni amenazar las garantías constitucionales invocadas puesto que no se observa una relación de causalidad entre ellas. En este sentido, la Corte señala que los requisitos para la procedencia del recurso de protección son tres: existencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria, que comporte privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de una garantía constitucional del art. 20 de la CP, con relación de causa-efecto entre el acto u omisión ilegal o arbitraria y el agravio al DF. La Corte considera que en la causa no hay ni acto ilegal u arbitrario, ni relación causal entre la RCA de la COREMA y el agravio de las garantías constitucionales que invocan los recurrentes. La Corte estima que las presunciones de afectación del recurrente no se condicen con los antecedentes que constan en el

⁵²⁸ La Corte fundamenta esta doctrina con varios precedentes jurisprudenciales: recurso de protección Rol N° 124-98. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, confirmada por la Corte Suprema; recurso de protección Rol N° 3667-97, sentencia de 17 de abril de 1998. Corte de Apelaciones de Santiago. confirmada por la Corte Suprema, 27 de mayo de 1998; recurso de protección, Rol N° 2057-98, sentencia de 23 de diciembre de 1998, Corte de Apelaciones de Santiago.

expediente del SEIA y reprocha a los recurrentes que no expongan cómo la RCA podría afectar a las garantías constitucionales con elementos de prueba como algún informe para crear convicción a los jueces. La Corte de Apelaciones de Temuco hace referencia a la resolución de la Corte Suprema en el caso Celulosa Itata para sostener que el recurso de protección en realidad persigue una finalidad impropia de su naturaleza cautelar porque se fundamenta en el temor de que la operación del proyecto pueda generar un daño ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura ya que la RCA es tan solo uno de los eslabones que precede a la ejecución de un proyecto⁵²⁹. En concordancia con el criterio fijado por la Corte Suprema en dicha causa, la Corte de Apelaciones de Temuco argumenta que la RCA no tiene la capacidad de vulnerar garantías constitucionales como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁵³⁰ o el derecho a la vida dado que se trata de una valoración técnica de la autoridad ambiental, es decir, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que produzca menoscabo en garantías constitucionales⁵³¹. En definitiva, la Corte de Apelaciones continúa los precedentes jurisprudenciales que sostienen que la ilegalidad o arbitrariedad de una RCA no puede ser objeto de recurso de protección si no se demuestra la relación de causalidad directa entre la decisión de la autoridad administrativa y la afectación del medio ambiente⁵³².

iv) exclusión absoluta de arbitrariedad e ilegalidad de la RCA, tanto en la forma como en el fondo, ya que la normativa ambiental fue plenamente observada por la autoridad administrativa y la RCA fue fundamentada, razonada, con apreciación de los antecedentes, coherente, ajustada a derecho y no responde a la mera voluntad o capricho de la autoridad como sostienen los recurrentes.

v) interpretación errónea del recurrente de las normas que regulan el SEIA (arts 8-31 de la LBGMA y art. 2 del D.S. 95/01) pues la RCA es un acto administrativo terminal que se pronuncia sobre la viabilidad ambiental de un proyecto pero no confiere derechos sobre bienes privados, públicos o de terceros, no autoriza a proceder sin obtener el resto

⁵²⁹ Corte Suprema, sentencia Rol N° 764-2002, de 19 de junio de 2002.

⁵³⁰ Corte Suprema, sentencia Rol N° 2391-2002, de 12 de agosto de 2002.

⁵³¹ La Corte fundamenta este criterio en precedentes jurisprudenciales como Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia Rol N° 27.107, de 22 de julio de 2002; Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3.026-2002, de 26 de agosto de 2002.

⁵³² Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia Rol N° 13.674, de 13 de marzo de 2001; Corte Suprema, sentencia Rol N° 1120-2001, de 24 de abril de 2001; Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia Rol N° 27.107, de 22 de julio de 2002; Corte Suprema, sentencia Rol N° 3.026-2002, de 26 de agosto de 2002.

de autorizaciones y permisos de otros órganos de administración del Estado en materias no ambientales, no tiene capacidad de expropiar, constituir servidumbres, generar algún gravamen sobre bienes de dominio público o privado, es inofensivo desde el punto de vista jurídico y no puede producir efectos dañosos⁵³³.

vi) respecto de la alegación de los recurrentes de que la RCA infringe el art. 11 de la LBGMA, la Corte de Apelaciones de Temuco considera que:

a) lo que cuestionan los recurrentes tiene que ver con el mérito y no con la legalidad de la decisión administrativa pero lo tocante al mérito no es materia de un recurso de protección, pues no corresponde al tribunal valorar los méritos de una RCA dado que es materia entregada a la Administración. La Corte de Apelaciones de Temuco manifiesta que el art. 11 de la LBGMA es una norma que establece grados de estimación de la afectación de un proyecto en el medio ambiente desde cimientos no objetivos ni fáciles de discernir, y muchas veces incuantificables, y observa que la COREMA ejerció este grado de estimación aplicando la normativa ambiental para decidir no exigir un EIA al no suscitarse los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA.

b) La Corte de Apelaciones de Temuco sostiene que de los antecedentes del expediente de evaluación ambiental se desprende que no procede ingresar al SEIA mediante un EIA y no hay infracción al art. 11 de la LBGMA; en particular, la Corte destaca que no hay fundamento para sostener que procede un EIA porque no existe ningún antecedente en el proceso de evaluación ambiental que dé cuenta de un riesgo para la salud de la población (letra a) del art. 11 de la LBGMA), de efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables (letra b) del art. 11 de la LBGMA), de reasentamiento o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de GHPPI (letra c) del art. 11 de la LBGMA), o de alteración de sitios pertenecientes al patrimonio cultural (letra f) del art. 11 de la LBGMA)⁵³⁴.

c) La Corte considera que los recurrentes muestran un desconocimiento del funcionamiento del SEIA ya que no es cierto que el instrumento de ingreso DIA comporte que no se evalúe detenidamente un proyecto; por el contrario, tanto los OAECA como la COREMA deben valorar minuciosamente si el proyecto debe ingresar o no mediante un

⁵³³ Corte Suprema, sentencia Rol N° 5395-2004, de 30 de diciembre de 2004.

⁵³⁴ Ningún sitio reunía estas características según el pronunciamiento del CMN.

EIA y en el caso del proyecto de la CH Tacura, tanto la DIA, los pronunciamientos de los OAECA y la RCA sostuvieron consistentemente que el proyecto no requería de un EIA.

En definitiva, en base a los antecedentes del proceso de evaluación ambiental, la Corte resuelve que la RCA cumple con la normativa ambiental aplicable.

6.3. Relevancia jurídica del caso.

Desde un enfoque estrecho de la movilización legal mapuche, este caso muestra la relevancia de contar con una buena asesoría jurídica por parte de las comunidades afectadas (Jaccard 2017) y como los errores cometidos en los primeros litigios para oponerse a RCA que aprobaban proyectos de minicentrales hidroeléctricas facilitaron el que los recursos de protección fueran rechazados por parte de los tribunales. Gracias a experiencias fallidas como en el caso de la CH Tacura, el movimiento mapuche ha sido capaz de aprender de sus errores, obtener asesorías de mayor calidad y presentar recursos mejor fundamentados que no puedan ser desechados por aspectos formales. La Corte pone la carga de la prueba sobre las espaldas de los recurrentes diciendo que tienen que demostrar la relación de causalidad entre la RCA y los derechos invocados y que la naturaleza de la RCA hace que “no” se puedan vulnerar DF, negándose además a entrar a valorar el mérito de la RCA, doctrina que supone una barrera para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y que expone los bajos estándares que dominaban antes de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, aprobándose el proyecto con una mera reunión informativa y con una mirada estrecha de la territorialidad indígena, pero los recurrentes mapuche tampoco supieron visibilizar los usos culturales del territorio, no aportaron peritajes para sustentar sus reclamos, y encima cometieron errores formales de manera que era imposible ganar en sede jurisdiccional. Además, litigaron solos en esta causa, de forma que las expectativas de triunfar en el litigio eran más bien escasas y terminaron confirmándose.

Sin embargo, el intento fallido de detener el proyecto en los tribunales no ha conducido a que se desvaneciera la oposición al proyecto. Por el contrario, cuando el proyecto ingresó de nuevo al SEIA en el año 2013 para ser ampliado⁵³⁵, la Comunidad

⁵³⁵ La modificación al proyecto consiste en la definición de unas nuevas coordenadas del punto de captación en el río Tacura, que permitirá captar un máximo de 3,95 m³/s, cuyo caudal será conducido mediante una tubería enterrada o cubierta de 720 m de longitud, así como la incorporación de una segunda bocatoma en el estero Lautaro, que estará diseñada para captar un caudal de 0,75 m³/s, que será conducido mediante una

Mapuche Juan Bautista Huichapan y representantes del territorio Mapuche del Lifko junto con un equipo técnico de apoyo, presentaron una serie de observaciones e impugnaciones a la modificación del proyecto central de pasada Tacura. Las familias mapuche opositoras al proyecto fueron encabezadas por la dirigente Hilda Millahual y acompañadas por representaciones de la RADA, el Grupo de Trabajo por los Derechos Colectivos, la Red de Semillas Libres Wallmapu y la Red por la Defensa de los Territorios, y denunciaron que el proyecto genera alteraciones significativas en el medio ambiente respecto de los componentes sistema de vida, flora, fauna, caudal ecológico, y lugares de significación cultural y de ecosistemas, como saltos de agua (*trayenkos*) y pantanos-humedales (*menokos*), vulnerando además el Convenio 169 de la OIT al no realizar la consulta previa ni proteger los espacios patrimoniales mapuche (Dartuwig 2013; iAguaTV 2013). No obstante estas oposiciones, el proyecto fue aprobado de manera ajustada por seis votos contra cinco. Entre los cinco votos de minoría estuvo el del Intendente regional Huenchumilla, que estimó necesario la realización de un proceso de consulta indígena con las comunidades mapuche. En cambio, los seis votos aprobatorios fueron SEREMIS integrantes del gabinete regional, o sea, altos funcionarios de la exclusiva confianza de la presidenta Bachelet (Arrate 2014), indicador de cómo se impone un modelo de desarrollo desde Santiago sin tomar en cuenta la voluntad de las comunidades locales, desenmascarándose una vez más la debilidad de los discursos de sustentabilidad y toma de decisiones participativa del ministro de energía Pacheco-Matte⁵³⁶.

tubería enterrada o cubierta de 255 m de longitud. Con estas modificaciones se aumenta la potencia estimada de la central respecto al proyecto aprobado por la RCA N° 147/2008, pasando de 5,87 MW a 7,7 MW, producto de un mayor desnivel existente entre los nuevos puntos de captación y el punto de restitución. DIA “Modificaciones proyecto central de pasada Tacura, aprobado mediante RCA N° 147/2008, de 13 de septiembre de 2013.

⁵³⁶ La municipalidad de Melipeuco se pronunció conforme con observaciones al proyecto (Of. Ord. N° 609, de 9 de octubre de 2013).

7. CH AÑIHUERRAQUI.

7.1. Antecedentes.

7.1.1. Descripción de la central hidroeléctrica.

El proyecto consiste en la construcción y operación de una minicentral hidroeléctrica de pasada en el cauce del estero Añihuerraqui (conocido como Pichi Trankura por los mapuche), se emplaza alrededor del km 116 de la Ruta CH-199, en las cercanías del lago Villarrica, 8 Km al sur de la comuna de Curarrehue, provincia de Cautín. El proyecto ingresa al SEIA mediante un EIA el 20 de diciembre de 2012 a propuesta de la Empresa GTD Negocios S.A. y prevé una inversión de 22 millones de dólares. La superficie intervenida por la construcción del proyecto alcanza las 2,23 ha.

Las obras de captación de las aguas se ubican a unos 2,5 km aguas arriba de la unión del río Añihuerraqui y el río Trancura, aproximadamente en la cota 871 m.s.n.m. y contarán con 4 compuertas de sector motorizadas de 2,60 m de ancho y 3,20 m de altura, incluyendo la compuerta desrapiadora que se ubica al lado de la obra de toma. Estas compuertas están separadas por machones de 0,8 m de espesor. El diseño de la bocatoma considera la captación de un caudal de 2,50 m³/s, asegurando un caudal ecológico promedio de 0,23 m³/seg.

Desde la bocatoma, sigue un canal abierto de aducción de 205 m de longitud que conduce las aguas a la cámara de carga de la central, con unas dimensiones de 9,5 m de largo por 7 m de ancho. La cámara de carga consiste en un estanque que posee la profundidad necesaria para obtener un nivel de aguas estable frente a oscilaciones de caudal por efecto de maniobras en la central y su objetivo es servir de enlace entre el escurrimiento libre y el escurrimiento en presión en la tubería forzada, evitando que se formen vórtices que podrían ser causantes del ingreso de aire hacia el interior de la tubería en presión de la central, cuya entrada dispone de una reja fina para evitar la introducción de cuerpos arrastrados por el agua que podrían dañar los equipos electromecánicos. Desde la cámara de carga, sale una tubería en presión de 2.428 m de longitud, que transporta el caudal hasta la turbina instalada en la casa de máquinas. La tubería en presión se divide en dos tramos: un primer tramo de 1.578 m de longitud con una diferencia de nivel de 130 m, donde la tubería irá en baja presión y en su mayor parte enterrada; y un segundo tramo con la tubería en presión y en superficie, que tiene una

longitud de 850 m y una diferencia de nivel de 320 m. La altura de caída bruta estimada de las aguas es de 459 m.

En la casa de máquinas se ubicará una turbina Pelton y el resto de los equipos electromecánicos, que permiten obtener una potencia instalada de 9 MW. Luego de su paso por las turbinas, el agua es devuelta al río antes del Puente Añihuerraqui, mediante un canal de descarga de 125 m de longitud, siendo la distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas de 3.054 m.

La central Añihuerraqui se conectará al alimentador Curarrehue 23 kV como un sistema PMGD. Para tales efectos, se construirá una postación con postes de hormigón de altura total 15 m. Para poder conectar en el sector de Añihuerraqui, se debe realizar un aumento de fase de línea de aproximadamente 7,44 km de 2 conductores a 3 conductores. Se realizará la extensión de línea trifásica desde la última estructura hasta el punto de conexión de la casa de máquinas de manera paralela al camino de la Ruta CH 199.

La construcción de la central comporta el cambio de usos del suelo de una superficie total aproximada de 250 m² para la construcción de la sala de máquinas y alrededores (PAS 96), así como la corta o explotación de bosque nativo (PAS 102), principalmente de roble y coihue, en una superficie total de 1,56 ha en 7 predios distintos, contemplándose en el Plan de Manejo de Obras Civiles (PMOC) una reforestación de 1,73 ha en 4 predios.

Según el EIA, el proyecto se emplaza en territorio mapuche, donde habitan las comunidades indígenas Camilo Coñoequir, Camilo Coñoequir Lloftunekul y Juanita Curipichún de Carén, pero no interviene sus territorios en forma directa, ni afecta sus manifestaciones culturales, religiosas, celebraciones, ceremonias tradicionales u otras, ni el sistema de tenencia de la tierra o lugares de significación cultural o patrimonial. Según los proponentes, la presencia de estas obras en sectores cercanos a las comunidades indígenas representa un efecto por sí mismo, que otorga carácter significativo para efectos de la evaluación de impacto ambiental, por lo que requiere elaborar un EIA de conformidad con el literal d) del art. 11 de la LBGMA y el art. 9, literal a) del RSEIA.

7.1.2. Tramitación Ambiental del proyecto.

El proyecto ingresa al SEIA mediante un EIA el 29 de noviembre de 2012 para que sea evaluado y calificado por la COREMA de la región de La Araucanía. Entre enero y febrero de 2013 los diferentes OAECA emiten sus respectivos pronunciamientos, conformes la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la SEREMI de Agricultura; la SEREMI de Vivienda y Urbanismo y la SEREMI de Energía; con observaciones el Servicio Nacional de Pesca, el SERNAGEOMIN, la DOH, la DGA, la CONAF, la Ilustre Municipalidad de Curarrehue, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, la Dirección de Vialidad, el SAG, la SEREMI Medio Ambiente, la CONADI, el SERNATUR, la SEREMI de Salud, la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura y la SEREMI de Obras Públicas. En lo que concierne a las comunidades mapuche, i) el presidente de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir, Sr. Herminio López Valle desmiente el contenido del EIA referente a que no se realizó ninguna entrevista semiestructurada con él por parte de la empresa y que su nombre fue utilizado sin su consentimiento y autorización, motivo por el cual se ha dañado su credibilidad y su imagen ante el resto de comuneros, y advierte que cualquier tentativa de entrevista debe contar con la participación de toda la directiva de la comunidad; ii) representantes de la comunidad Camilo Coñoequir Lloftonekul hacen llegar una carta al SEA manifestando las presiones a las que fueron sometidos por parte del alcalde de Curarrehue en el año 2010 para que no se opusieran al progreso de la comuna y se avinieran a recibir beneficios del proyecto; iii) los presidentes de las comunidades indígenas Camilo Coñoequir y Camilo Coñoequir Lloftonekul rechazan la invitación del SEA a tomar parte en el proceso de participación ciudadana porque las reuniones de sociabilización y de difusión de información no se ajustan a los estándares del derecho a la consulta previa que les asiste y que debe garantizar a los pueblos indígenas la posibilidad de incidir en la toma de decisiones a través de un procedimiento previo, con las instituciones indígenas representativas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo, a la vez que repudian los actos de negociación realizados por el titular con miembros de las comunidades indígenas afectadas por fuera de los márgenes que establece el Convenio 169 de la OIT; iv) el presidente de la comunidad Camilo Coñoequir Lloftonekul a través de una carta denuncia las malas prácticas y mala fe de la empresa al presentar una acta de reunión falsa donde se dice que la comunidad accedió a la aprobación del proyecto y se falsifican firmas de los socios de la comunidad; asimismo, manifiesta que la empresa, a través de la consultora GAC, exhibe un documento firmado

por antiguos socios de la comunidad en donde accedían a una compensación económica de 500.000 pesos o 12 corderos, motivo por el cual fueron expulsados de la comunidad en conformidad con los estatutos comunitarios, y donde se cita la consulta del Convenio 169 de la OIT cuando en realidad no tuvo lugar ninguna consulta ni se adjuntan las actas de dicha actividad; v) dirigentes de las comunidades indígenas Camilo Coñoequir Lloftonekul y Camilo Coñoequir nuevamente denuncian las malas prácticas del proceso de participación ciudadana al pretender la empresa y el SEA realizar una reunión en la sede de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir sin haber avisado ni contactado a sus dirigentes, con la única finalidad de dinamitar las relaciones en el seno de las comunidades y seguir presionando a los socios de las comunidades para romper los acuerdos previos de las comunidades que habían consensuado no reunirse con la empresa. Además, diferentes personas mapuche de las comunidades afectadas presentan observaciones por las afectaciones que generaría la central, entre las que destacan la disponibilidad de agua para consumo humano, animal y riego; riesgo de inundaciones; desaparición de *lawen*; afectación a la pampa del *nguillatuwe*, lugar sagrado que se ocupa por unos 170 años aproximadamente, afectaciones a los dos cerros y el estero que son sagrados y forman parte del complejo ceremonial (el estero hace de intermediario entre dios y los mapuche), intervención exógena en el ecosistema del espacio ceremonial mapuche comporta una alteración del equilibrio y una vulneración de la religiosidad mapuche, ubicación de la central al este del *nguillatuwe*, entre los cerros y el estero, justo en la dirección donde ellos dirigen sus rogativas y actividades ceremoniales como el *nguillatun*, *llellipun*, *nguillanmawun*, lo que supone una grave amenaza a la espiritualidad mapuche; pérdida de flora y fauna nativa (peces, anfibios y aves) que necesitan para su subsistencia; afectación a la cultura y daño a la salud. Varias observaciones dan cuenta del proceder de mala fe de la empresa al decir a los comuneros que tomaran los 500.000 pesos que les ofrecían porque con o sin su aprobación el proyecto se haría igualmente; no consideración de los DAA de la comunidad y de particulares; contaminación del aire; afectación al turismo, recolección de frutos silvestres, y cementerio/s indígena/s; estudio antropológico deficiente del titular; afectación a la cantidad y calidad de las aguas, a un emprendimiento apícola, ya que las ondas magnéticas desorientan a las abejas; afectaciones al valor paisajístico y a las creencias y formas de vida. Algunos observantes manifiestan sentirse engañados por la empresa por presionarles a aceptar el dinero y argumentan que ahora son conscientes de los verdaderos impactos del proyecto y de la división que habían traído sus ofrecimientos en el seno de la comunidad, enfatizando

algunos que en ningún momento otorgaron su conformidad con el proyecto; afectación a la escuela, caminos, antepasados y futuras generaciones; vulneración del derecho a definir su propio modelo de desarrollo; quiebre de la relaciones familiares y del espíritu de comunidad y de las bases organizacionales de las comunidades indígenas Camilo Coñoequir Lloftonekul, Camilo Coñoequir y Juanita Curipichun de Carén desde la llegada de la empresa, que ofrece y paga 500.000 pesos a algunas familias del territorio, se aprovecha de las necesidades económicas de las familias y muestra falta de ética y humillación, erosiona la práctica mapuche de compartir, de ayuda mutua y solidaridad *intra e inter* comunitaria, y utiliza a personas de las comunidades para organizar reuniones con el SEA a espaldas de los dirigentes funcionales y tradicionales de las comunidades; no realización de consulta previa; e incompatibilidad con el PLADECO que considera el turismo con identidad, de intereses especiales y el respeto al medio ambiente como el motor del desarrollo sustentable que desea Curarrehue. La presidenta de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Llotonekul, Sra. Ana Coñoequir, denuncia también la falsificación del Acta n° 41 que trata asuntos internos de la comunidad y que fue modificada y se le agregó posteriormente por la empresa la frase “*reunión extraordinaria: tema sanción apoyo a proyecto hidroeléctrico y permuta de tierras*”.

En lo que concierne a las observaciones de la CONADI, en su of. Ord. N° 956 de 2 de enero de 2013, manifiesta que el proyecto afecta negativamente la dimensión económica ya que i) el proyecto perjudica las iniciativas turísticas desarrolladas en el territorio que se fundamentan en un turismo de intereses especiales, especialmente la gastronomía, la cultura y la naturaleza, ya que la pérdida de pristinidad del entorno natural desincentivará la llegada de turistas; ii) el trazado del acueducto se proyecta sobre un sendero de recolección ancestral de hierbas medicinales que en la actualidad es usado para abastecerse de distintas especies con fines gastronómicos y elaboración de subproductos avícolas de las comunidades indígenas; en la dimensión antropológica, el proyecto afecta negativamente la cosmovisión mapuche ya que está próximo a un lugar de significación cultural como el *nguillatuwe* y además ha alterado la organización comunitaria generando profundas divisiones al interior de las comunidades indígenas Camilo Coñuequir y Camilo Coñuequir Lloftunekul fruto de las presiones indebidas del proponente, la entrega de dádivas para lograr el apoyo al proyecto e incluso la protocolización de actas de la comunidad frente a un notario presentando documentación incompleta. Respecto de la línea de base, la CONADI denuncia que no se menciona la

actividad turística que desarrollan algunas familias de las comunidades Camilo Coñuequir y Camilo Coñuequir Lloftunekul y que será alterada negativamente por el proyecto; destaca que los estatutos de las comunidades indígenas establecen que los acuerdos de la asamblea deben aprobarse por el 50% + 1 de los socios, y que la protocolización del Acta efectuada por el Sr. Calfuman Ortiz con fecha de 2 de julio de 2012 carece de este requisito ya que fue aprobada por 17 socios que no representan lo señalado por los estatutos. En la carta de la comunidad aceptando beneficios se hace mención a que dicho proceso de consulta ha sido efectuado de buena fe [...] y teniendo a la vista el cumplimiento del espíritu del Convenio 169 de la OIT; sin embargo, la CONADI observa que fue una carta tipo que solicitó firmar a los comuneros y en donde no se da lugar a realizar ningún tipo de observación, por lo que se contradice el principio de la buena fe⁵³⁷.

Por su parte, la Ilustre Municipalidad de Curarrehue observa que i) el EIA debe hacer constar que el cerro Punuhumanque, el cerro Peñewe y el estero Añihuerraqui son los elementos de la naturaleza que componen el lugar sagrado de las comunidades mapuche del sector, cuerpos a los que se ofrenda el *nguillatun*; ii) no se hace mención al cementerio presente en el lugar ni la significación espiritual ancestral que tienen el cerro Punuhumanque y el estero; iii) se dice que el *nguillatuwe* fue creado a instancias de la municipalidad, lo que no se corresponde con la realidad y concluye que el proyecto no puede ser emplazado en un lugar de tal significación sagrada porque se atenta contra la cultura y sus habitantes; iv) falta de rigurosidad del EIA por afirmar la no existencia de *lonko*; v) el EIA menciona la consulta previa, libre e informada del Convenio 169 pero dicha consulta no se ha realizado, únicamente se han realizado supuestas negociaciones de carácter económico que en algunos casos se han efectuado en base a la desinformación por parte de los firmantes o bien con personas que no habitan en el territorio y que no cumplen con el estándar de la buena fe; vi) se menciona una acta de una reunión privada de la comunidad indígena en donde habría falsificación de firmas; vii) se hace mención a la entrega de información por parte del encargado PIDI, Sr. Fidel Tralma, quien nunca ha ostentado este cargo; viii) el EIA define una área de influencia de entre 25 y 50 m cuando ésta debería ser mayor debido al impacto que genera el entubamiento de las aguas del estero Añihuerraqui y la eliminación de bosque nativo en un hábitat de lenta recuperación y próximo a asentamientos humanos protegidos y lugares ceremoniales de importancia

⁵³⁷ CONADI, of. Ord. N° 956, de 2 de enero de 2013.

para las comunidades afectadas; ix) omisión de las afectaciones a las actividades turísticas desarrolladas por los habitantes del sector ligados a la belleza escénica, magníficas vistas a los volcanes, avistamientos de avifauna y especies vegetales y pesca deportiva; x) los DAAC constituidos no se encuentran a nombre del titular de la empresa ni aparecen inscritos en el CBR; xi) el cálculo del caudal por métodos indirectos y en base a mediciones en lugares donde se junta más agua no debiese ser validado ya que se mencionan valores promedio mucho más elevados que los otorgados por la DGA y solo se descuenta el caudal ecológico pero no los usos de agua constituidos por otros usuarios; xii) se dice que no se afecta la calidad del agua pero no se menciona el uso de químicos para evitar la corrosión, óxidos, algas, el uso de aceites u otros elementos químicos en la casa de máquinas o el ingreso de microcrustáceos u otras especies que alteran la calidad del agua; xiii) caracterización de la flora y fauna presente en el sector no se condice con la realidad; xiv) solo señala el uso del agua del estero para riego o consumo animal, omitiendo el uso para consumo humano⁵³⁸.

Buena parte de estas observaciones fueron compiladas en el primer ICSARA de 27 de marzo de 2013⁵³⁹. En su primera Adenda de 16 de septiembre de 2013, el titular responde que i) se entrevistó a dos de las personas más ancianas de la comunidad y se visitó el terreno sin poder corroborar la existencia del *eltun* y añade que de ser cierta su existencia como sostiene la CONADI se ubicaría 300 m al norte de la casa de máquinas por lo que no se produciría ninguna afectación; ii) reconoce que los cerros Punuemanque y Penewe son lugares de significación cultural por su conexión con el espacio ceremonial del *nguillatuwe* pero destaca que se encuentran a más dos km de las instalaciones del proyecto y que las obras de construcción no se desarrollan en ninguno de estos cerros; iii) reconoce que el espacio del *nguillatuwe* se encuentra a 300 m de la casa de máquinas; iv) mantiene que conforme a la información entregada por los comuneros en terreno no hay presencia de plantas medicinales endémicas en el estero y que no se trata de una zona especial de recolección de estas plantas medicinales para alimentación. Tras una inspección en terreno, el titular identifica un total de 13 plantas con propiedades medicinales que tienen una amplia distribución en la zona evaluada, y el proyecto interviene una superficie de bosque muy acotada por lo que se asegura la no eliminación de la base de suministro de estas especies y, consecuentemente, no corresponde presentar

⁵³⁸ Ilustre Municipalidad de Curarrehue, of. Ord. N° 62, de 15 de enero de 2013.

⁵³⁹ Algunas observaciones referenciadas de la población mapuche son posteriores al primer ICSARA.

medidas de mitigación, compensación y/o reparación sobre este componente al no producirse afectación significativa; el titular se compromete a no afectar y facilitar la ceremonia del *nguillatuwe* mediante las siguientes medidas: suspensión del tránsito de vehículos por el camino S-983; garantizar la libre asistencia de los trabajadores locales del proyecto que participan en la rogativa; provisión de transporte a los participantes foráneos en coordinación con las autoridades ancestrales encargadas de esta ceremonia; entrega de un fondo para la rogativa. En el Anexo 11 de la Adenda n° 1 aporta el informe antropológico⁵⁴⁰. En cuanto a la afectación a las actividades turísticas solo reconoce existencia de tres *campings* que no se verán afectados por la presencia del proyecto e incluso sus accesos y el abastecimiento de agua potable rural se podrían mejorar gracias a la infraestructura asociada a la central; para no alterar el derecho de agua consuntivo de la comunidad, cuya captación está ubicada aguas arriba de la restitución de la central, se ha previsto como medida de mitigación la instalación de un estanque de 40 m³ de capacidad para asegurar el suministro continuo de agua en términos de cantidad y calidad durante la etapa de construcción, siendo posible su mantención durante la operación del proyecto a pesar de que ya no se produciría efecto alguno sobre la calidad del agua. El titular mantiene la validez del acta correspondiente a la asamblea extraordinaria de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul de 5 de junio de 2010, constituida con la asistencia de 25 socios para realizar una votación para pronunciarse acerca del proyecto hidroeléctrico, siendo el resultado de 17 votos a favor y 8 en contra, es decir, con el apoyo de la mayoría de los socios presentes tal y como recoge el art. 11 de los estatutos de la comunidad sin que exista ninguna norma que exija un quorum especial. Reconoce la existencia de algunas autoridades tradicionales de la cultura mapuche, como la de dos *lonkos* en el sector de Trancura, don Alejandro Coñoequir y don Roberto Coñoequir, un *ngilletufe* que dirige la rogativa el capitán, el *kalfumallen* y el *pillankuche* que toca el *kultxun* cuando empieza el baile ceremonial. Dice que no hay afectación a la realización de actividades culturales pero que se compromete a las cuatro medidas y reconoce que la escasez hídrica es un tema crítico para las comunidades y plantea entre sus medidas un proyecto de agua potable rural para cada una de las tres comunidades indígenas identificadas en el área de influencia del proyecto; respecto al quiebre de la comunidad, el titular dice que las divisiones al interior de la comunidad vienen de mucho antes de la llegada de

⁵⁴⁰ Gestión Ambiental Consultores S.A. 2013. “Anexo N°11. Informe Antropológico Adenda I. EIA CH Añihuerraqui. Región de la Araucanía, Chile”, septiembre.

representantes de la empresa al territorio y por ello se escindieron la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir y Camilo Coñoequir Lloftunekul, que la empresa ha tratado de dialogar con los residentes y ha podido hacerlo de manera fluida con la mayoría que no se opone al proyecto, lo que ha permitido lograr avances y formalizar acuerdos pese a la oposición de un grupo minoritario; no considera impactos significativos sobre el medio humano pero por la cercanía a zona habitada por población protegida la empresa propone medidas de mitigación, compensación y/o reparación. Mantiene que las comunidades Camilo Coñoequir y Juanita Curipichún de Carén han accedido a dialogar a través de sus directivas, proceso que permite llegar a acuerdos respecto a las medidas de compensación por medio de mesas de trabajo con los comuneros y sus respectivas directivas, los cuales han sido validados formalmente ante las respectivas asambleas comunitarias; respecto de la comunidad Camilo Coñoequir Lloftunekul dice que no se ha podido establecer un canal formal de diálogo y que se ha tenido que optar por reuniones abiertas para toda la comunidad a través de agrupaciones funcionales de la misma como el Comité de Pequeños Agricultores y el Comité de Salud que congregan a mas del 50% de los socios inscritos, llegándose a validar un conjunto de medidas para la comunidad con los comuneros interesados ante notario. El paquete de medidas incluye mejora del sistema de aguas existente, adquisición de camas, compra de terreno para sede comunitaria, construcción de sede comunitaria, mejora y reposición del botiquín veterinario, empalmes eléctricos, becas de estudio y fondos de co-financiamiento para la Comunidad Juanita Curipichún de Carén; mejora de sede, apoyo a la tercera edad, fondo de desarrollo *nguillatuwe*, fondo de desarrollo comunitario y asesoría técnica de proyectos de emprendimiento para la Comunidad Camilo Coñoequir; mejoramiento de viviendas, adquisición de camas, compra de terreno y construcción de centro social comunitario, reposición del botiquín veterinario, becas de estudio y fondos de emprendimiento para la Comunidad Camilo Coñoequir Lloftunekul. El informe antropológico del Anexo 11 sostiene que no se produce afectación significativa a los flujos de comunicación y transporte ya que el tráfico de camiones durante la etapa de construcción será muy acotado; que las tres comunidades tienen un fuerte sentimiento de pertenencia al territorio y existen fuertes lazos de parentesco ya que originariamente pertenecían a un solo *lof* o dos *lof* fuertemente interrelacionados; y que celebran otras ceremonias como el *we tripantu* o año nuevo mapuche, la feria de *walung* en febrero y una feria de invierno en julio. En relación a la recolección de hierbas medicinales mapuche, se ha identificado los alrededores del estero Añihuerraqui como un lugar de recolección de estas plantas. Sin

embargo, como son de amplia distribución, no se considera una zona especial de recolección de estas hierbas con fines medicinales o para la alimentación por parte de la comunidad, y como el proyecto tiene una intervención en el bosque acotada (1,75 ha), la disponibilidad de estas hierbas no se verá afectada. Además, el titular se compromete a garantizar y facilitar el acceso a los miembros de la comunidad que deseen ingresar a realizar estas actividades mejorando el camino maderero.

En el caso de la comunidad Juanita Curipichun de Caren no se identificaron sitios de significación cultural y los comuneros no participan en rituales ni ceremonias indígenas del sector.

Respecto de la dimensión antropológica, el titular no reconoce afectaciones porque no se ha reconocido la existencia del *eltun*, y en caso de existir en las coordenadas mencionadas por la CONADI, estaría 300 m arriba de la casa de máquinas, sector que no sería intervenido; con respecto a la cancha del *nguillatuwe*, el titular se compromete a no afectar su desarrollo mediante el paquete de cuatro medidas. Con respecto a la agricultura y ganadería, manifiesta que el proyecto no interferirá con los cultivos, animales ni terrenos de los comuneros ni con el acceso al agua de riego ya que el proyecto considera un caudal ecológico y no afectará los DAA de los comuneros; y respecto al componente turismo, sostiene que podría verse favorecido por el proyecto al implementarse un sistema de agua potable rural y la mejora del camino maderero por el cual se accede a la bocatoma. A fin de garantizar la disponibilidad del recurso hídrico, el titular se compromete a construir un estanque de 40 m³ que garantice un suministro permanente de agua a las comunidades debido a que las actividades constructivas en el lecho del río pueden aumentar la carga de sedimento y alterar la calidad de las aguas mientras duren dichas actividades; el titular mantendrá el estanque para que se pueda mantener el suministro de agua con posterioridad; dice que el proyecto no afectará la calidad ni la disponibilidad de agua del estero Añihuerraqui porque se garantiza el caudal ecológico en el tramo comprendido entre la captación y restitución de las aguas y que los DAA de terceros se mantendrán sin modificaciones durante la operación de la central; la restitución de las aguas turbinadas en el estero Añihuerraqui, que posteriormente desembocan en el Trancura, no afectará ni la calidad ni la cantidad de agua disponible ya que se restituyen las aguas en idéntica condición y volumen, sin alterar sus características originales. En atención a esta necesidad, y haciéndose cargo de esta percepción del impacto, el titular

del proyecto ofrece como medida de compensación el desarrollo de todos los estudios de ingeniería necesarios para presentar un proyecto de Agua Potable Rural (APR) ante la DOH del MOP para cada una de las tres comunidades indígenas identificadas en el área de influencia del proyecto⁵⁴¹.

A esta primera Adenda del titular, entre octubre y noviembre de 2013, se pronunciaron conformes el SERNAGEOMIN, la SEREMI de Agricultura, la CONAF, la Dirección de Vialidad, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura y el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura; con observaciones el SAG, el Servicio Nacional de Pesca, la DGA, la DOH, el SERNATUR, la CONADI, la SEREMI de Medio Ambiente, la SEREMI de Obras Públicas, la Ilustre Municipalidad de Curarrehue y la SEREMI de Salud. La CONADI solicita al titular evaluar la factibilidad de que la central no opere en los días de la celebración del ritual; considerar medidas de compensación respecto a la afectación a la actividad turística y al paisaje como por ejemplo la instalación de un mirador con paneles de interpretación ambiental en algún tramo del camino que lleva a la bocatoma para que en el futuro pueda ser usado como un sendero de interpretación para los turistas y ser parte de la oferta turística de las comunidades indígenas; complementar las medidas de mitigación y compensación propuestas respecto de la afectación sobre la cultura y cosmovisión mapuche para que estas permitan revitalizar y fortalecer la cultura mapuche en el territorio y que no se enfoquen únicamente en un apoyo específico para la fecha de la celebración del *nguillatun*⁵⁴².

La Ilustre Municipalidad de Curarrehue observa que i) conforme a las afectaciones directas en las comunidades mapuche el proyecto debería ser sometido a un proceso de consulta previa ya que se genera afectación significativa de los sistemas de vida de las comunidades Camilo Coñoequir y Camilo Coñoequir Lloftunekul (recolección de frutos del bosque y plantas medicinales, ceremonias y espiritualidad, y emprendimientos turísticos); ii) los cerros Puowemanke y Peñewe no se encuentran a 2 km como sostiene la Adenda, sino que las faenas se emplazan en el corazón de ambos cerros por lo que el impacto a la espiritualidad de las comunidades es de gran magnitud ya que los cerros sagrados y el estero Pichi Trancura son considerados como un todo desde la planicie hasta la cima; iii) el proyecto se emplaza en el centro del *nguillatuwe*, importante ceremonia

⁵⁴¹ Adenda N° 1 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto "CH Añihuerraqui", de 16 de septiembre de 2013.

⁵⁴² CONADI of. Ord. N° 602, de 16 de octubre de 2013.

presente por más de 200 años en el territorio y el titular simplemente ofrece dádivas como si fuera una mera actividad social carente de espiritualidad; iv) el proceso de participación ciudadana estuvo viciado por la manipulación de voluntades del titular mediante ofertas económicas a algunos comuneros que no representan de ninguna manera mitigaciones o compensaciones ambientales y menos aun la consulta indígena de buena fe que exige el Convenio 169 de la OIT y ha conducido a la fragmentación de las comunidades; v) insiste en que el acta de la permuta del terreno para la casa de máquinas no se apega a lo que dicen los estatutos de la comunidad Camilo Coñoequir Lloftonekul y presenta falsificación de firmas; vi) defiende que los comuneros relataron la existencia de un *eltun* (cementerio); vii) existencia de otros emprendimientos turísticos mapuche no identificados por el titular que se verían directamente afectados por el proyecto al intervenir en los senderos sagrados; viii) existencia de una gran variedad de plantas medicinales no reconocidas por el titular y que terminarán desapareciendo con el proyecto (Fenfenco, Wul wul, Wiqui, Chacay, Koyam Lawen, Folle Lawen, Triaca Palo Santo, Cheyem, Filu Lawen, Choroy Lawen, Chilco, Txiwe, Folle, Ñam Lawen y Huallo); ix) actividades cotidianas vinculadas al agua se verán alteradas significativamente por el proyecto, que tampoco considera los DAANC que están solicitados y que posteriormente serán entregados limitando el caudal ahora reconocido por el titular en la Adenda⁵⁴³.

Estas observaciones y pronunciamientos fueron presentados al titular en un segundo ICSARA de 11 de noviembre de 2013⁵⁴⁴, que en su segunda Adenda de 31 de enero de 2014 propuso las siguientes medidas de mitigación y compensación para que el proyecto fuese aprobado:

⁵⁴³ Ilustre Municipalidad de Curarrehue, of. Ord. N° 1303, de 23 de octubre de 2013.

⁵⁴⁴ En lo que concierne a la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftonekul, en reunión mantenida el 19 de octubre de 2013 manifiesta su rechazo al proyecto por la afectación a su cultura y posteriormente en diciembre de 2013 entrega sus observaciones a la ADENDA n° 1 en las que rechaza el proyecto por i) el emplazamiento en las proximidades del espacio del *nguillatuwe*, de dos cementerios, y de otros lugares de significación cultural y espiritual como el estero Añihuerraqui; ii) la afectación de plantas medicinales, emprendimientos turísticos y senderos sagrados por donde sus caciques y ancestros iban en busca del vital *Ngilliw* y el *Pewen*; iii) la afectación a la disponibilidad hídrica del estanque comunitario que se encuentra a 80 m del punto de restitución de las aguas y la dificultad de la accesibilidad al mismo. Asimismo, dan fe de la existencia del cementerio y de la variedad de plantas medicinales no reconocidas por el titular (Carta observaciones de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftonekul, de 11 de diciembre de 2013). Además, la comunidad Camilo Coñoequir Lloftonekul solicita al SEA que le otorgue asistencia financiera para poder participar de la consulta con la asesoría técnica que requiere y que se posponga el inicio de la consulta porque en verano tienen que dar recepción a los turistas, recolectar las siembras y celebrar el *nguillatuwe* (8 de enero de 2014). El SEA había convocado el inicio de la consulta previa mediante Res. Ex. N° 262/2013, de 29 de noviembre de 2013.

i) Instalación de un estanque de almacenamiento de agua potable de 40 m³ de capacidad para mitigar los efectos de la alteración de la calidad del agua del estero producto del aumento de sedimentos que se ocasionará durante la construcción de obras en el lecho del río. El estanque almacenará agua potable proveniente de una fuente externa autorizada que cumpla con el D.S. N° 735/68 del MINSAL y la NCh 409 y no de los DAA de 15 l/s a nombre de comuneros pertenecientes a la Comunidad Indígena Camilo Coñuequir Lloftunekul. El estanque será construido en el mismo sitio donde actualmente está emplazada la captación de los comuneros y los beneficiados con esta medida serán las familias de la comunidad Camilo Coñuequir Lloftunekul. II) Diseño arquitectónico que minimiza los efectos sobre el paisaje y el nivel de ruido de la central en las cercanías del cerro Tren Tren y el cerro Kai Kai por medio de a) la construcción de una casa de máquinas insonorizada que permita que los niveles de ruido al exterior en los receptores sensibles no superen los 48 dB(A) durante el día y los 45 dB(A) durante la noche; la mimetización de la casa de máquinas con el entorno al ser enterrada casi en su totalidad (8 de los 12 m a edificar), ir revestida en materiales como un *siding* de fibrocemento en colores y texturas como la madera en tonos oscuros semejantes al ambiente, contar con una techumbre en colores oscuros y contar con la instalación de una cortina vegetal que cubrirá la tubería en presión y la casa de máquinas, compuesta principalmente por roble, raulí, coihue, maqui, calafate y mosqueta. iii) Rediseño de la ingeniería del proyecto para minimizar los efectos de la instalación de la central en las cercanías del cerro Tren Tren y el cerro Kai Kai: modifica el proyecto original que consideraba un sistema de aducción que incluía un canal en superficie de 230 m y la construcción de un túnel por la ladera del cerro en el costado derecho del río de más de 1 km de longitud y propone no perforar el cerro para construir un túnel. La tubería que reemplaza a dicho túnel irá enterrada en la mayor parte de su trayecto bajo un camino maderero antiguo sin intervenir mayores terrenos. iv) Mejorar las condiciones del camino maderero y facilitar el acceso peatonal por el predio del titular a los miembros de las comunidades indígenas que deseen ingresar al camino maderero para recolectar hierbas de uso medicinal y cultural. v) Construcción de un vivero en el sector de Trancura con la finalidad de aumentar la disponibilidad de hierbas medicinales para las comunidades indígenas mientras el camino maderero se mejora y finalizan las obras de construcción. vi) Evitar la instalación de la línea de transmisión eléctrica (LTE) y su postación cerca del sitio con posible *eltun* identificado por la CONADI, alejando los postes de la LTE en aproximadamente 30 m. Cabe precisar que las obras de cableado quedarán paralelas al camino Ruta S-983 empleando una

postación semejante a la que existe en la actualidad y que no se extenderá por más de 744 m. vii) Incorporación de un arqueólogo a las labores de excavación de los puntos donde se instalarán los postes de la LTE para verificar los terrenos excavados. En caso de encontrarse hallazgos, el sitio será cercado y se notificará inmediatamente a Carabineros de Chile, al CMN y a la CONADI, y se modificará el trazado de la LTE y la ubicación de los postes para evitar dichos sectores. viii) Entregar a las comunidades herramientas que les permitan acceder a una fuente de abastecimiento de agua de manera permanente por medio de: a) diseñar con la ingeniería necesaria un proyecto de agua potable rural dirigido para el consumo de las familias de las comunidades; y b) la adquisición de DAAC para las comunidades, considerando la reactualización del número de familias realizada y una estimación de los DAA que deben solicitarse para las tres comunidades de 3,4 l/s. ix) La instalación de una barrera acústica modular, la implementación de un plan de control de emisiones atmosféricas, la restricción de velocidades de circulación de vehículos del proyecto y la distribución del tránsito vehicular en rutas de acceso al proyecto⁵⁴⁵ con el propósito de mitigar las afectaciones que la construcción de la central generará sobre los proyectos turísticos, toda vez que habrá mayor circulación de vehículos pesados y funcionamiento de maquinarias en el área, generando ruido y levantamiento de polvo.

A la segunda Adenda del titular de 31 de enero de 2014, se pronunciaron conformes entre febrero y marzo de 2014 la SEREMI Medio Ambiente, la DGA, la CONAF, el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, la SEREMI de Obras Públicas, el SAG, la CONADI, la SEREMI de Salud y la DOH; mientras que se pronunciaron con observaciones en abril de 2014 el SERNATUR y la Ilustre Municipalidad de Curarrehue. La CONADI expresa su conformidad con el proyecto condicionada a que el titular genere un informe bianual por un periodo de 10 años donde se reporte la sostenibilidad cultural, social y económica de la CH. Según la CONADI, el proyecto genera impactos negativos sobre la dimensión antropológica, económica y de bienestar social que son difíciles de cuantificar en la etapa de evaluación y por tanto son indebidamente mitigados o compensados. Por medio de estos instrumentos, se espera comprender de manera más óptima el alcance de los impactos, mejorar el diálogo con las comunidades y redefinir las medidas de mitigación, reparación o compensación⁵⁴⁶. La Ilustre Municipalidad de

⁵⁴⁵ Adenda n° 2: en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto "CH Añihuerraqui", de 31 de enero de 2014.

⁵⁴⁶ CONADI, of. Ord. 143, de 20 de febrero de 2014.

Curarrehue insiste en que el proyecto se emplaza en medio de dos cerros sagrados lo que significa que es inviable culturalmente ya que no se respeta la significancia cultural de esos espacios y las medidas de mitigación propuestas de ninguna manera son funcionales ya que no se puede mitigar de manera alguna la intervención del proyecto en la cosmovisión, usos y costumbres de las comunidades mapuche del territorio. En consecuencia, rechaza la medida de compensación consistente en un fondo para la rogativa puesto que el proyecto no es compatible con la cultura y costumbres de los habitantes mapuche que participan de las ceremonias y realizan sus ofrendas en el *nguillatun* e insiste en que el paso de los postes de las LTE de ninguna manera puede pasar por el *eltun*. También destaca que la medida de mitigación del estanque del almacenamiento de agua es inapropiada porque los comuneros no aceptan el uso de agua estancada para sus usos ceremoniales y tradicionales ni para sus actividades cotidianas. Enfatiza que el agua que emplean los comuneros tiene que ser agua corriente⁵⁴⁷.

El 28 de Julio de 2014 el SEA accede a la solicitud de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul y pone a disposición los técnicos del SEA y de otros servicios así como la entrega de un monto no superior a 7 millones de pesos para que la comunidad contrate a un antropólogo y un abogado que les asesore durante el proceso de consulta previa y revisión del EIA. La finalidad de esta medida es que las decisiones que se adopten tomen en cuenta el conocimiento del patrimonio y la riqueza cultural existente en el territorio y el resguardo de las tradiciones culturales del pueblo mapuche.

En este contexto se inicia el proceso de consulta previa con las Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul sin la presencia del titular por petición de las organizaciones consultadas. El proceso de consulta constó de diferentes etapas: reuniones preliminares con la participación de la directiva e integrantes de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, representantes de la Municipalidad de Curarrehue, miembros del Consejo Ambiental local y el SEA (13 noviembre de 2013); Res. Ex. del SEA N° 262/2013, de 29 de noviembre de 2013 de inicio de la consulta previa; difusión del proceso de consulta indígena en medios de comunicación escritos y radiales; cartas del presidente de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul en las que solicita al SEA recursos financieros para contratar asesores técnicos durante el proceso de consulta indígena (8 de enero y 26 de marzo de 2014); reuniones informativas del

⁵⁴⁷ Ilustre Municipalidad de Curarrehue, of. Ord. N° 330, de 25 de marzo de 2014.

proceso de consulta indígena donde asisten la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, la Municipalidad de Curarrehue, el *Lof* Trankura y el SEA para dar a conocer los lineamientos generales de la consulta indígena (28 de marzo de 2014); la comunidad indígena manifiesta que accederá a participar en la consulta indígena de manera condicionada a la entrega de recursos financieros por parte del Estado con la finalidad de realizar un estudio antropológico y recibir asesoría legal especializada (5 de junio de 2014); el SEA accede a entregar los recursos solicitados (14 de agosto de 2014); reuniones de formulación del acuerdo metodológico sobre el proceso de consulta indígena (meses de agosto a noviembre de 2014), con el objetivo de definir conjuntamente el procedimiento para el desarrollo de la consulta indígena, fijando los plazos, actividades, análisis de impactos y medidas a consultar en las que participan la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, el *Lof* Trankura, el Consejo Medio Ambiental y Cultural *Lof* Trankura, el SEA, la Municipalidad de Curarrehue y los asesores de las organizaciones en áreas de antropología y derecho; firma del acuerdo metodológico el 20 de noviembre de 2014 entre el *Lof* Trankura, la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, el Consejo Medio Ambiental y Cultural *Lof* Trankura y el SEA; reunión y revisión del proyecto respecto de impactos y medidas de mitigación, compensación y reparación (4 de diciembre de 2014) con la asistencia de las organizaciones consultadas, el SEA, la CONADI, la Municipalidad de Curarrehue y los asesores de las organizaciones; reunión y actividad de terreno entre las organizaciones consultadas y el Comité Técnico de Evaluación (15 de diciembre de 2014) con el propósito de generar un espacio de diálogo entre el *Lof* Trankura, la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, el Consejo Medio Ambiental y Cultural *Lof* Trankura, la Comunidad Indígena Folilco Juan Curipichún, la CONADI, la Municipalidad de Curarrehue, el SEA, el Comité Técnico de Evaluación y los asesores de las organizaciones; reunión de revisión de impactos y medidas de mitigación, compensación y reparación del proyecto con la finalidad de definir los acuerdos y los no acuerdos que serán incorporados en el protocolo final de Consulta Indígena (5 de enero de 2015); reuniones de deliberación internas para analizar, debatir y sancionar los acuerdos definidos en el proceso de consulta indígena (13 de enero de 2015); y reuniones de redacción del protocolo final de consulta indígena (19-22 de enero de 2015).

Las partes convienen que el proceso de consulta indígena se ha desarrollado en pleno cumplimiento de las exigencias y principios establecidos por el Convenio 169 de

la OIT y la normativa vigente y que se ha realizado de buena fe, en forma transparente, de forma adecuada, con pertinencia cultural y la finalidad de lograr consensos. Las organizaciones consultadas no entregan su consentimiento respecto del proyecto pero manifiestan su conformidad con algunas de las medidas de mitigación y compensación propuestas. Las partes acuerdan que las medidas de mitigación, reparación y compensación analizadas, acordadas y no acordadas para cada impacto, así como los efectos ambientales identificados por las organizaciones consultadas serán incorporados en un ICSARA para que sean consideradas por el titular e incorporadas en la RCA. Entre las medidas respecto de las cuales no se llega a un acuerdo destacan: i) para la alteración de la calidad del agua, el titular propone como medida de mitigación la instalación de un estanque de 40 m³ de capacidad que almacenará agua potable proveniente de una fuente externa autorizada que cumpla con el D.S. N° 735/68 del MINSAL y la NCh 409 y que se emplazará en el mismo sitio donde los comuneros tienen la captación de las aguas. Las organizaciones consultadas rechazan esta medida porque no consumen agua estancada; ii) para la afectación del sitio de significación cultural faldas del cerro Punowemanke (Txen Txen) y Peñewe (cerro Kai Kai), el titular propone como medida de mitigación el rediseño del proyecto eliminando la perforación del cerro para construir un túnel, y sustituir el túnel por una tubería que irá bajo un camino maderero antiguo. Las organizaciones consultadas rechazan esta medida porque se trata de espacios sagrados que se articulan ceremonialmente con el *nguillatuwe* local y en donde la cosmovisión local no concibe ninguna intervención sobre los mismos; iii) para mitigar las molestias durante la celebración del *nguillatuwe* como resultado de las actividades constructivas, el titular propone un paquete de medidas como la suspensión del tránsito de vehículos por el camino S-983, la garantía de la libre asistencia de los trabajadores locales que participen en la rogativa, el otorgamiento de permisos para ausentarse de las actividades productivas con motivo de la preparación del *nguillatuwe*, la provisión de transporte a los participantes en coordinación con las autoridades ancestrales de esta ceremonia, la entrega de un fondo para la rogativa y la instalación de una barrera acústica que amortigüe los niveles de ruido que emita la construcción de la central. Las organizaciones consultadas rechazan este conjunto de medidas porque no se concibe en el *Az Mapu* ninguna intervención en el ritual del *nguillatuwe* ya que se trata de la máxima expresión de la religiosidad tradicional en el territorio; iv) para la alteración de la calidad del agua utilizada para la ceremonia del *nguillatuwe*, el titular propone como medida de mitigación la construcción de un estanque de 40 m³ de capacidad que almacenará agua potable

proveniente de una fuente externa autorizada que cumpla con el D.S. N° 735/68 del MINSAL y la NCh 409 y que se proyectará en el mismo sitio donde actualmente se emplaza la captación de los comuneros. Esta medida es rechazada por las organizaciones consultadas porque según el *Az Mapu* no se concibe ninguna intervención en el ritual del *nguillatuwe* ya que es la máxima manifestación de la religiosidad tradicional en el territorio; v) para la afectación a la limitación temporal en el acceso a la zona de recolección de hierbas utilizadas para medicina tradicional mapuche, el titular propone como medida de compensación la construcción de un vivero en el sector de Trancura, donde se plantarán las especies medicinales identificadas por las comunidades para que tengan provisiones de las mismas mientras el camino maderero se mejora y finalizan las obras de construcción. Las organizaciones consultadas rechazan esta medida por considerarla insatisfactoria y no atingente al impacto que se suscita ya que las organizaciones consultadas plantean que las plantas medicinales crecen asociadas a determinadas condiciones ambientales; vi) para la afectación del sitio de significación cultural faldas del cerro Punowemanke (Txen Txen) y Peñewe (cerro Kai Kai), el titular propone medidas de mitigación como la insonorización y mimetización con el entorno de la casa de máquinas y de la tubería en presión. Para ello propone enterrar la casa de máquinas casi en su totalidad (8 de los 12 m a edificar), que los niveles de ruido al exterior no superen los 48 dB(A) durante el día y los 45 dB(A) durante la noche; la instalación de una cortina vegetal que cubra la tubería en presión y la casa de máquinas, pintar la tubería con colores similares al entorno natural y reforestar aquellos sectores donde sea posible hacerlo. Las organizaciones consultadas rechazan estas medidas por constituirse las afectaciones en lugares de significación cultural y considerar que no existen medidas posibles que permitan mitigar, reparar o compensar las afectaciones de carácter cultural; vii) para la afectación molestia por la operación de la central durante la celebración del *nguillatuwe*, el titular propone suspender el tránsito de vehículos del proyecto por el camino S-983, garantizar la libre asistencia de los trabajadores locales del proyecto que participen en la rogativa durante los días que dure la ceremonia, dar permisos para ausentarse de las actividades productivas a los trabajadores que participen de la preparación del *nguillatuwe*, proveer de transporte a los participantes en coordinación con las autoridades ancestrales encargadas de esta ceremonia, entregar un fondo para la rogativa que será coordinado con las autoridades ancestrales encargadas de esta ceremonia y se hará efectivo en el momento en que se inicien los preparativos, y coordinar las mantenciones de la central la primera semana de cada año con los organizadores del

nguillatuwe de manera que las mantenciones coincidan con la fecha de la ceremonia. De esta manera, la central no operará durante un máximo de tres días que coincidirán con la ceremonia, no habrá captación de agua del estero y quedará el agua inalterada en su disponibilidad para poder ser usada en la rogativa. Las organizaciones consultadas rechazan estas medidas de mitigación porque no es posible mitigar, compensar ni reparar las afectaciones a la máxima expresión de la religiosidad tradicional del territorio; viii) para la afectación “uso del agua del estero durante la celebración del *nguillatuwe* producto de la operación de la central”, el titular propone coordinar las mantenciones de la central la primera semana de cada año con los organizadores del *nguillatuwe* de manera que estas mantenciones coincidan con la fecha de la ceremonia y la central deje de operar durante un máximo de tres días que coincidan con la ceremonia y así no se produzca captación del agua del estero en la bocatoma. Las organizaciones consultadas rechazan esta medida dado que el Az Mapu no concibe ninguna intervención en el ritual del *nguillatuwe* por ser la máxima expresión de la religiosidad tradicional en el territorio y no existir medidas de mitigación, compensación y reparación posibles para esta afectación de carácter cultural⁵⁴⁸.

Entre los acuerdos destaca el alejamiento de los postes de la LTE en aproximadamente 30 m de los puntos identificados por la CONADI donde estaría un *eltun*. Respecto a la medida establecida por el titular sobre un proyecto de ingeniería de Agua Potable Rural, se acuerda entre las partes eliminarla dado que ya estaba previsto implementar uno para el sector, por lo que la medida no era pertinente; el titular acoge la solicitud de otorgar derechos de aguas y donarlos a nombre de la comunidad, pudiendo comprometer 5 l/s a través de un pozo profundo en el sector de la casa de máquinas; respecto del componente suelo, el titular propone duplicar la superficie a reforestar definida dentro del PMOC en 1,73 ha adicionales (para un total de 3,46 ha) como medida para satisfacer la petición de las organizaciones consultadas de asegurar una superficie para la reforestación. La comunidad, no obstante, había propuesto reforestar en razón de tres a uno de las especies intervenidas⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Protocolo Final del Proceso de Consulta Indígena desarrollado en el marco del proceso de evaluación ambiental del proyecto “CH Añihuerraqui” entre el *Lof* Trankura, la Comunidad Indígena Camilo Coñoquir Lloftunekul, el Consejo Medio Ambiental y Cultural *Lof* Trankura y el SEA región de La Araucanía, de 27 de enero de 2015.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

Las observaciones presentadas por los distintos OAECA y suscitadas a raíz del proceso de consulta indígena fueron compiladas en el tercer ICSARA de 27 de enero de 2015, al cual el titular dio respuesta el 5 de marzo de 2015 en una tercera ADENDA en los siguientes términos: i) afirma que en el proceso de consulta indígena realizado entre el SEA de la región de La Araucanía y las comunidades involucradas, se llegó a un acuerdo con los Comités para la instalación de un estanque de 40 m³ de capacidad que almacenará agua potable proveniente de una fuente externa autorizada que cumpla con el D.S. N°735/68 del MINSAL y que, una vez concluida la construcción, el estanque y sus obras asociadas quedarán para las familias de los comités que por medio de su participación en el proceso de consulta indígena solicitaron expresamente esta medida. El titular especifica que el agua almacenada en este estanque será la proveniente de los derechos de agua de D. Luis Alfredo Calfumán y doña Edith Lavín Vda., de Gervasio Calfumán Curilaf (total 5 l/s), dejando fluir los DAA restantes por la captación existente; ii) sobre la afectación al sitio de significación cultural faldas del cerro Pünowemanke (Txen Txen) y Peñewe (cerro Kai Kai), el titular considera que el emplazamiento del proyecto no interfiere con el área sagrada establecida por las organizaciones consultadas ya que se modificó el diseño de la ingeniería del proyecto con el fin de minimizar la intervención sobre el territorio. Por este motivo, estima que las medidas se encuentran vigentes; iii) respecto a la molestia producto del desarrollo de actividades constructivas y de operación durante la celebración del *nguillatuwe*, el titular afirma que ninguna de las obras del proyecto intervendrá la pampa de *nguillatuwe* ya que éstas se ubican a una distancia aproximada de 317 m de los deslindes del predio donde se ubicaría la casa de máquinas. Consecuentemente, sostiene que no existirán obras del proyecto que afecten a dicho espacio y destaca que de todas maneras incluye la suspensión de las actividades constructivas tres días antes de la ceremonia y durante la misma como nueva medida para mitigar las molestias producidas a la celebración del *nguillatuwe* y las alteraciones en la calidad y cantidad del agua del estero Añihuerraqui utilizada para la ceremonia; iv) sobre la limitación temporal en el acceso a zona de recolección de hierbas utilizadas para medicina tradicional mapuche, el titular mantiene como medida voluntaria la construcción de un vivero de plantas medicinales en el *Lof Trankura* y se compromete a garantizar el acceso peatonal al sendero para que las comunidades puedan seguir recolectando plantas medicinales en los terrenos propiedad del titular; v) respecto a la disponibilidad hídrica, el titular concluye que los derechos de agua de las comunidades no serán afectados producto de la operación del proyecto dado que el abastecimiento de

los derechos de terceros está cubierto naturalmente incluso en los escenarios más desfavorables de operación de la central (menor caudal ecológico otorgado + caudal mínimo técnico) ya que en el supuesto de un caudal inferior al mínimo de generación, no se captará agua y la central no operará; vi) respecto de la afectación a la homogeneidad del paisaje, el titular mantiene el compromiso de mantener un mínimo del 90% de sobrevivencia de la plantación de especies nativas para el segundo año de dicha plantación; y vii) respecto de la afectación al turismo identificada durante el proceso de consulta indígena, el titular mantiene las medidas propuestas en la Adenda n° 2⁵⁵⁰.

A esta tercera Adenda del titular de 5 de marzo de 2015, se pronunciaron conformes la SEREMI Medio Ambiente y el SERNATUR y con observaciones la CONADI y la Ilustre Municipalidad de Curarrehue.

La CONADI, en tanto que fue reconocida en el acuerdo metodológico del proceso de consulta indígena su labor como ministro de fe y observador del proceso que debía velar por el respeto de los acuerdos suscritos entre las partes y de los principios generales de la consulta previa, señala que serían inadecuadas las medidas propuestas para mitigar la alteración a los sistemas de vida y costumbres que sobre el medio humano tendrá el proyecto, principalmente en su dimensión antropológica, toda vez que las medidas propuestas por el titular en relación a la afectación al *nguillatuwe*, cerros Punowemanke y Peñehue, no serían acordes a los impactos. En este sentido, la CONADI denuncia la asimetría entre las medidas propuestas y los efectos generados sobre el espacio territorial en donde se pretende desarrollar el proyecto ya que el titular parte de la premisa de que ninguna de las obras del proyecto intervendrá en la pampa del *nguillatuwe* y a que esta se ubica a una distancia aproximada de 317 m de los deslindes del predio donde se ubicaría la casa de máquinas para proponer como medidas de mitigación la suspensión de las actividades constructivas tres días antes de la ceremonia y durante la misma, además de facilitar el transporte a los trabajadores asistentes y la disposición de un fondo para la rogativa. De esta manera, la CONADI entiende que el titular no se hace cargo de que el *nguillatuwe* se encuentra ritualmente conectado a los cerros Punowemanke y Peñehue por tratarse de un complejo ceremonial que desde la cosmovisión mapuche involucra a todo el entorno y particularmente los sitios ubicados al este del *nguillatuwe*, que es hacia donde

⁵⁵⁰ Adenda N° 3 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto "CH Añihuerraqui", de 5 de marzo de 2015.

se dirige la rogativa y que coinciden con el emplazamiento de las obras del proyecto. Por consiguiente, las medidas de carácter temporal propuestas por el titular no se condicen según la CONADI con el carácter permanente de los impactos en la manifestación de la cultura de los grupos humanos indígenas relativos a la intervención en los cerros Punowemanke y Peñehue, los cuales constituyen un espacio no solo de producción o abastecimiento de materias primas o un recurso puesto a disposición de los turistas para generar recursos para la supervivencia económica, sino que es parte de un espacio geográfico y social, simbólico y religioso con el cual se vincula la dinámica de estos grupos humanos indígenas. En relación a la afectación al sitio de significación cultural faldas del cerro Punowemanke (Txen Txen) y Peñewe (cerro Kai Kai), la CONADI observa que el titular incurre en una contradicción al indicar algunas medidas que “*minimizarían la intervención*” y posteriormente expresar que “*el emplazamiento del proyecto no interfiere con esta área sagrada*”. Por estas razones es que la CONADI concluye que las medidas propuestas constituyen una minimización de la religiosidad mapuche y de lo que el espacio circundante al *nguillatuwe* significa desde la cosmovisión mapuche y entiende que no son medidas adecuadas respecto de los impactos que se generan sobre el componente medio humano, en su dimensión antropológica, específicamente por la afectación a sitios de significación cultural. Además, la CONADI manifiesta que no puede pronunciarse respecto de si la medida de compensación “capacitación en turismo” se hace cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA porque el titular no ha identificado cuál es el efecto adverso correlativo a dicha medida⁵⁵¹.

Por su parte, la Ilustre Municipalidad de Curarrehue observa que i) la comunidad Camilo Coñoquir Lloftenkul solicita DAA por 10 l/s, que deben ser de tipo consuntivo y ejercicio permanente y continuo y el titular solo acoge la solicitud por valor de 5 l/s y desde un pozo profundo, es decir, de aguas subterráneas, por lo que no satisface la solicitud de la comunidad y se indica que para salvaguardar el abastecimiento humano y la cultura de las comunidades se requiere que las aguas para el uso consuntivo deben ser superficiales y no solo subterráneas. La municipalidad recuerda que la comunidad había rechazado esta medida de mitigación y reclamado un abastecimiento mínimo de 10 l/s, por lo que concluye que si para satisfacer esta meta se tiene que construir un pozo, este

⁵⁵¹ CONADI, of. Ord. N° 252, de 19 de marzo de 2015.

no debe ubicarse en el sector de la casa de máquinas para así garantizar que la comunidad pueda tener un acceso directo en caso de ser necesario; ii) sobre la afectación al sitio de significación cultural faldas del cerro Punowemanke (Txen Txen) y Peñewe (Kai Kai), la Municipalidad de Curarrehue sostiene que la alteración a las costumbres y ceremonias de un pueblo originario no tienen medida de mitigación posible; iii) defiende que el proyecto altera significativamente los sistemas de vida y costumbres de las comunidades, actividades como el turismo ecológico, etnoturismo, agroturismo y provoca alteración del paisaje, de la calidad del agua y del avistamiento de flora y fauna; iv) respecto a la molestia producto del desarrollo de actividades constructivas y de operación durante la celebración del *nguillatuwe*, las medidas propuestas por el titular no son pertinentes ya que se interviene directamente sobre la pampa del *nguillatuwe*, lugar de máxima significación cultural mapuche y respecto del cual no es posible concebir ninguna medida de mitigación; v) sobre la alteración en la calidad del agua utilizada para la ceremonia del *nguillatuwe* generada por la construcción de obras en el lecho del estero Añihuerraqui, la municipalidad observa que no puede interponerse ninguna obra que haga que las aguas no escurran en forma libre y continua y la medida de suspender los trabajos de una obra no es una medida de mitigación porque si bien las ceremonias se realizan en determinadas fechas del año, su repercusión es para todos los días y para cada estación; vi) sobre el uso del agua del estero Añihuerraqui durante la celebración del *nguillatuwe* producto de la operación de la central, la municipalidad manifiesta que las aguas tienen su significado religioso y cultural y que no deben ser intervenidas en ninguna circunstancia por lo que no es posible ninguna medida de mitigación o compensación para esta afectación; vii) respecto a la posible afectación al sitio de significación cultural *eltun*, la municipalidad no tiene el convencimiento de que este sitio no sea alterado porque el titular no explicita bien por qué predios pasaría la postación, si hay acuerdos de los dueños de los Roles de predios que involucra, si los Roles son pertinentes, o si se solicitará la presencia del antropólogo que asesora a la comunidad; respecto al caudal ecológico propuesto por el titular de 148 l/s, la municipalidad argumenta que debería ser mayor para mantener la biota existente dada la sequía que enfrenta el estero Añihuerraqui; viii) denuncia el quiebre en el tejido social por las intervenciones monetarias realizadas por el titular y el

desarrollo de prácticas que no fueron de buena fe como la permuta de tierras en donde se emplaza el proyecto⁵⁵².

Estas observaciones se trasladan al titular mediante un cuarto ICSARA de 10 de abril de 2015, y el titular responde en su cuarta ADENDA de 19 de junio de 2015, manifestando que i) no es necesario replantear el trazado del empostado a una distancia mayor (entre 70 a 100 m) del *eltuwe* para asegurar que no habrá afectación tal y como habían solicitado el *Lof* Trancura, la Comunidad Camilo Coñoquir Lloftonekul y el Consejo Medio Ambiental y Cultural *Lof* Trankura; ii) acoge la solicitud de la Comunidad Camilo Coñoquir Lloftonekul en el proceso de consulta indígena y se compromete a aumentar la adquisición de DAA de 5 l/s a 10 l/s superficiales con la finalidad de abastecer de agua a la Comunidad Indígena Camilo Coñoquir Lloftonekul y transferir esos DAA a la comunidad; iii) las medidas propuestas por el titular procuran resguardar permanentemente el complejo ceremonial del *nguillatuwe* y los cerros Pünowemanke y Peñehue con los que está ritualmente conectado de los efectos que pueda producir el proyecto. De esta forma, el titular argumenta que si bien se proponen medidas que se implementarán en momentos específicos del tiempo, tanto en la etapa de construcción y operación, como en las épocas donde se practica la ceremonia del *nguillatún*, las medidas propuestas son de carácter permanente y están orientadas a reducir la intervención que se pueda producir sobre estos espacios y mitigar los efectos visuales y acústicos que pueda producir el proyecto en el tiempo. En lo que concierne al nuevo trazado de la tubería, el titular sostiene que las medidas propuestas permiten acotar la intervención de las faldas de dichos cerros ya que la mayor parte del trazado se desarrollará bajo un camino maderero preexistente, lo que significa que no se produce una afectación distinta a la actual sobre este espacio y no se genera un efecto permanente en un espacio no intervenido previamente. Por estas razones, el titular concluye que no se produce una alteración significativa de este lugar de significación cultural⁵⁵³; iv) Respecto de las medidas propuestas para preservar y promover la práctica de las ceremonias tradicionales, el titular considera que también son concretas, de largo plazo y permanentes, buscan apoyar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas y sus prácticas religiosas, culturales y espirituales, promoviendo además que se mantengan en el tiempo y que sean

⁵⁵² Ilustre Municipalidad de Curarrehue, of. Ord. N° 302, de 18 de marzo de 2015, envía rectificaciones y/o aclaraciones Adenda n° 3 proyecto “CH Añihuerraqui”.

⁵⁵³ El titular sustenta esta argumentación en el pronunciamiento de la Corte Suprema, en el caso “Línea de Transmisión Melipeuco-Freire”, sentencia Rol N° 1602-2012, de 8 de junio de 2012.

transmitidas a futuras generaciones; v) admite que el proyecto puede generar efectos sobre dimensiones no tangibles que son percibidas de forma especial por las comunidades indígenas y propone como medida de compensación para estos posibles efectos un esquema de asociatividad que permita compartir los beneficios del proyecto. La medida consiste en que si la suma del costo de los aportes del proyecto a las comunidades mediante el cumplimiento de las medidas propuestas es menor al 1,5% de las ventas anuales netas que perciba el proyecto, se compensará asociativamente entregando a las organizaciones indígenas el diferencial entre ambos valores; vi) Las comunidades con las que se han adoptado acuerdos totales con el titular, tanto respecto del diseño del proyecto, como de las medidas de mitigación, compensación o reparación (Comunidad Indígena Camilo Coñoequir, Comunidad Indígena Juanita Curipichun de Carén, Comité de Salud de Punowemanke Trancura y Comité de Pequeños Agricultores Pichitrancura), se relacionan en igual importancia y legitimidad respecto del territorio y sitios de significancia cultural mencionados como las comunidades y organizaciones con las que no ha sido posible alcanzar dichos acuerdos (Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, Comunidad Indígena Folilco Juan Curipichún de Carén, *Lof* Trankura, Consejo Medio Ambiental y Cultural *Lof* Trankura)⁵⁵⁴.

A la Adenda n° 4 del titular de 19 de junio de 2015, se pronuncian con observaciones a principios de julio de 2015 la CONADI y la Ilustre Municipalidad de Curarrehue. La CONADI observa que i) en lo que concierne a la intervención de los cerros Punowemanke y Peñehue, la instalación de la casa de máquinas y de la tubería de presión genera una intervención profunda sobre el complejo ceremonial del *nguillatuwe* a la vez que las medidas propuestas como la insonorización de la casa de máquinas o la mimetización de ésta y de la tubería no disminuyen el efecto adverso significativo sobre la cultura y la religiosidad de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul y el *Lof* Trankura; ii) respecto de las medidas propuestas para mitigar las molestias ocasionadas por la operación de la central durante la celebración del *nguillatun*, están orientadas como reconoce el propio titular a mitigar los efectos visuales y acústicos que pueda producir el proyecto en el tiempo, pero no serían adecuadas para mitigar los efectos adversos significativos sobre la dimensión antropológica de los grupos humanos indígenas ya que no se abordan los efectos no tangibles percibidos de forma especial por

⁵⁵⁴ Adenda N° 4 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Adenda del Proyecto "CH Añihuerraqui", de 19 de junio de 2015.

las comunidades indígenas y que impedirían la manifestación normal de sus creencias y cultura; iii) no es cierto que todas las comunidades se relacionen en igual importancia y legitimidad respecto del territorio y sitios de significación cultural puesto que la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Llofunekul es un sujeto colectivo que tiene una relación espiritual y cultural más cercana con los sitios de significación cultural y sería el sujeto más afectado por la intervención de estos espacios y las alteraciones a la ceremonia del *nguillatuwe*; iv) en lo que concierne a las medidas inspiradas en la asociatividad, la CONADI considera que muchas de las medidas a las que se refiere el titular no son medidas adicionales ni enfocadas a los impactos sobre las dimensiones no tangibles, sino que se trata de medidas ya previstas por el titular para otro tipo de impactos. Además, se trata en su mayoría de medidas voluntarias que por definición no se hacen cargo de impactos significativos y que por lo tanto no pueden ser consideradas como parte de una compensación por el impacto sobre las dimensiones no tangibles provocado por la afectación del complejo ceremonial. Una medida de compensación adecuada debería orientarse de manera preferente hacia la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul por ser el principal sujeto pasivo del impacto significativo del literal c) del art. 8 del RSEIA; v) considera que las reuniones realizadas durante el proceso de evaluación de impacto ambiental no se han desarrollado de acuerdo a los principios inspiradores de la consulta previa –libre, informada y de buena fe, denunciando por ejemplo que a) en la reunión que se aprobó el proyecto y la permuta de tierras (2010) se intentó minimizar los impactos del proyecto ya que no se menciona la instalación de una CH sino de una turbina eléctrica; y b) el titular solo reconoce que parte del proyecto se ubica en la ladera del cerro Punuwemanque en el momento en que miembros de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul presentan sus observaciones, hasta ese entonces el titular había sostenido que el proyecto se ubicaba a más de 2 km de los cerros sagrados Punowemanque y Penewe (Adenda nº 1). Por consiguiente, la CONADI concluye que las medidas de mitigación y compensación propuestas por el titular no se hacen cargo de manera adecuada de los impactos sobre el medio humano⁵⁵⁵.

La Ilustre Municipalidad de Curarrehue mantiene que no existe medida de mitigación, reparación o compensación posible para la alteración del complejo ceremonial y los sitios sagrados Punowemanke y Peñehue y que la medida propuesta por

⁵⁵⁵ CONADI, of. Ord. Nº 568, de 30 de junio de 2015.

el titular de compartir las utilidades del proyecto no es suficiente para mitigar la afectación al patrimonio cultural y religioso porque se trata de daños irreparables. Además, la Municipalidad de Curarrehue rechaza categóricamente la estrategia del titular de negociar y llegar a un acuerdo con los socios de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul a través del Comité de Salud y el Comité de Pequeños Agricultores de Trancura por considerarla una estrategia para erosionar la autoridad, representatividad y funcionalidad de las comunidades indígenas en el territorio y en particular de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul como comunidad que ejerce una participación preponderante en el *nguillatuwe*. Consecuentemente, la municipalidad de Curarrehue estima que el titular no se hace cargo de las afectaciones a las costumbres, tradiciones y religiosidad de una cultura ancestral y denuncia las intervenciones monetarias del titular y prácticas que no respondieron a la buena fe como la permuta de tierras, las cuales contribuyeron al quiebre del tejido social del territorio y a la pérdida de las confianzas entre las familias del sector y de éstas con respecto a la empresa⁵⁵⁶.

Finalmente, el ICE recomienda aprobar el EIA basándose en que cumple con la normativa ambiental y en que las medidas de mitigación y compensación propuestas por el titular se hacen cargo adecuadamente de la afectación en la dimensión antropológica y de bienestar social básico relacionadas con las comunidades indígenas ubicadas en el área de influencia del proyecto: letra c) del art. 8 del RSEIA (alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en su dimensión antropológica debido a la existencia de un *eltuwe*, *nguillatuwe*, los cerros Punowemanke y Peñewe y áreas de recolección de hierbas medicinales que se verían intervenidos por la ejecución del proyecto); letra e) del art. 8 del RSEIA (alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en su dimensión de bienestar social básico, ya que se interviene el estero Añihuerraqui donde existen puntos de captación de aguas para consumo humano, riego, bebida animal y DAA inscritos por parte de integrantes de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul); letra e) del art. 9 del RSEIA (proximidad de población protegida) ya que la casa de máquinas del proyecto se encuentra aproximadamente a una distancia de 300 m del sitio *nguillatuwe* y que no existe discordancia del proyecto con algún instrumento de planificación territorial vigente de

⁵⁵⁶ Ilustre Municipalidad Curarrehue, of. Ord. N° 782, de 30 de junio de 2015, envía rectificaciones y/o aclaraciones Adenda n° 4 proyecto “CH Añihuerraqui”.

carácter restrictivo sobre las propiedades donde se emplaza el proyecto⁵⁵⁷. Consecuente con lo resuelto por el ICE, la RCA califica favorablemente el proyecto el 20 de julio de 2015 por 7 votos a favor (SEREMIs de Transporte, Economía, Energía, Medio Ambiente, Salud, Obras Públicas y el SEA) y 4 votos en contra (SEREMIs de Vivienda, Agricultura, Desarrollo Social y el Intendente Subrogante)⁵⁵⁸ (Navarro 2015).

7.2. Movilización legal mapuche en sentido estrecho.

7.2.1. Alegaciones mapuche.

Los recurrentes mapuche alegan que la RCA no cumple con la normativa constitucional, legal y reglamentaria y solicitan a la Corte de Apelaciones de Temuco dejar la RCA sin efecto por constituir un acto ilegal, inconstitucional y arbitrario que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley (art. 19.2 de la CP), el derecho a la libertad de conciencia y ejercicio libre de todos los cultos (art. 19.6 de la CP), el derecho a desarrollar cualquier actividad económica legítima (art. 19.21 de la CP) y el derecho de propiedad (art. 19.24 de la CP) de los recurrentes.

En lo que concierne a la admisibilidad del recurso, sostienen los recurrentes que el recurso de protección debe ser admitido por el tribunal ya que cumple con todos los requisitos exigibles:

Por un lado, cumple con los requisitos recogidos por el art. 20.1 de la CP, que exige la existencia de un acto arbitrario o ilegal que sea causa de privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de derechos y garantías del art. 19 de la CP⁵⁵⁹, pues entienden los recurrentes que la Res. Ex. N° 117/2015 que califica favorablemente el proyecto de la CH Añihuerraqui es ilegal, ya que amenaza seriamente sitios religiosos de comunidades mapuche emplazados dentro de sus territorios legales y ancestrales, como el complejo ceremonial del *nguillatuwe* del *Lof* Trancura, lo que implica una seria afectación a sus derechos culturales y religiosos y una amenaza a su modelo de desarrollo local; y por ser una resolución arbitraria, dado que la COEVA no pondera adecuadamente los resultados del proceso final de consulta, se aprueba el proyecto y sus medidas de mitigación, reparación y/o compensación a pesar de que las comunidades manifestaron que el

⁵⁵⁷ SEA, región de La Araucanía, ICE, de 6 de julio de 2015.

⁵⁵⁸ COEVA región de La Araucanía, Res. Ex. N° 177/2015, de 20 de julio de 2015, califica ambientalmente el EIA del proyecto “CH Añihuerraqui”.

⁵⁵⁹ En concreto de los números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25°.

proyecto es incompatible con sus sistemas de vida y que los impactos en su cultura y religiosidad son irreparables, incompensables e inmitigables.

Por otro lado, cumple con los requisitos recogidos por el Auto Acordado s/n de 1992 de la Excm. Corte Suprema de Justicia: a) requisito de plazo, pues se ha presentado dentro de los 30 días corridos desde la publicación de la RCA; b) requisito de legitimidad activa, pues se ha interpuesto por el afectado o persona en su nombre capaz de parecer en juicio; c) requisito de tribunal competente, pues se ha deducido ante la Corte de Apelaciones de Temuco por tratarse de un acto administrativo terminal correspondiente a la COEVA de la IX región, La Araucanía, con sede en Temuco; y d) requisito de mención de hechos que puedan constituir una violación de las garantías constitucionales del art. 20 de la CP.

En la fundamentación de la admisibilidad del recurso, los recurrentes citan el precedente de la Corte Suprema en el caso Morro IV⁵⁶⁰ para destacar que las reclamaciones respecto a una RCA deben ser conocidas por los Tribunales Ambientales salvo que se vislumbre la necesidad de adoptar alguna medida cautelar con carácter urgente por parte de los Tribunales Superiores de Justicia para proteger garantías constitucionales del art. 19 de la CP.

En cuanto a los antecedentes de la central, los recurrentes denuncian que se emplaza en tierras que son parte del título de merced de la Comunidad Indígena Camilo Coñoeguir Lloftunekul y que fueron adquiridas por el titular mediante un controvertido proceso de permuta, cuya legalidad es cuestionada por los recurrentes y donde se encuentran diversos lugares de significación cultural, como un *eltuwe*, el *nguillatuwe*, los cerros Peñewe y Pünowemanke, el estero Pichitrunkura y áreas de recolección de plantas medicinales, lo que entienden que genera una seria afectación a sus derechos religiosos.

Los recurrentes alegan que son la Comunidad Camilo Coñoeguir Lloftunekul y el Consejo Ambiental y Cultural *Lof* Trankura quienes tienen una vinculación más estrecha con la ceremonia del *nguillatún* y el patrimonio religioso del territorio de Trankura, por lo que su oposición a las medidas de mitigación, reparación y/o compensación durante el proceso de consulta indígena debió ser considerada y ponderada de manera especial con respecto a la opinión de otras organizaciones en otros procesos de consulta. Sin embargo, mantienen que en ningún momento el titular consideró ni ponderó respecto de las medidas

⁵⁶⁰ Corte Suprema, sentencia Rol N° 11299-2014, de 7 de octubre de 2014.

de mitigación, compensación y/o reparación del medio humano y en especial respecto de las afectaciones a sus manifestaciones espirituales y derechos religiosos, la opinión del *lonko* del Trankura, don Alejandro Coñoquir, autoridad tradicional y pieza clave en la realización del *nguillatún*, que afirma que no es posible mitigar, compensar o reparar esas afectaciones.

Señalan que en el Protocolo Final de Consulta los recurrentes ya dejaron explícito que no entregaban su consentimiento al proyecto por las serias afectaciones a sus sistemas de vida y costumbres y a sus derechos territoriales, afectaciones que entienden no admiten ningún tipo de medida de mitigación o compensación, y sostienen además que el proyecto provoca una alteración significativa de los ecosistemas naturales circundantes al estero Pichitrancura, lugar de significación cultural que adquiere una dimensión sagrada al ser considerado *txayenko* y que provee de recursos a rituales como el *nguillatuwe* y ceremonias propiciatorias, afectando asimismo a la flora y presencia de plantas medicinales que supone una amenaza al oficio de *lawentuchfe* y a la reproducción de los conocimientos de etnomedicina tradicional mapuche. Muy particularmente, los recurrentes rechazan la medida de asociatividad propuesta por el titular en su Adenda n° 4 porque los impactos en la espiritualidad y religiosidad no pueden ser mitigados, compensados ni reparados y además denuncian que la información entregada por el titular en su Adenda n° 4 ha sido insidiosa ya que sostiene que se ha llegado a un acuerdo respecto de las medidas de mitigación, compensación y/o reparación con las comunidades y que cuando ello no ha sido posible con sus directivas se ha logrado a través de organizaciones complementarias y funcionales que integran los mismos grupos protegidos, como en el caso de la Comunidad Indígena Camilo Coñoquir Lloftunekul en que parte de sus socios habrían solicitado participar en la consulta de manera diferenciada. Los recurrentes mantienen que la oposición al proyecto de la Comunidad Indígena Camilo Coñoquir Lloftunekul ha sido clara y rotunda a lo largo de todo el proceso de consulta como se manifiesta en el Acta de la Asamblea de la comunidad con la firma de la mayoría de sus socios donde se recoge que el proyecto supone una seria alteración y amenaza a sus sistemas de vida, costumbres y derechos territoriales y una afectación al sistema natural circundante, y se defiende que no cabe ninguna medida de mitigación o compensación respecto de los impactos en el ámbito cultural y religioso.

Prueba de su oposición a la aprobación del proyecto es el informe antropológico elaborado por el profesional Sr. Mario Barrientos, validado por la comunidad Camilo

Coñoeguir Lloftunekul y aportado en el proceso de consulta indígena, que da cuenta de las serias afectaciones de la central sobre las costumbres y tradiciones de la comunidad y que en definitiva suponen borrar la cultura ancestral de un pueblo y la pérdida de la identidad territorial. Entre los impactos que se enumeran por el informe antropológico se encuentran la afectación al sitio de significación cultural por la instalación del proyecto en las faldas del cerro Punowemanke (Txen Txen) y Peñewe (Kai Kai); las molestias por la construcción de la central durante la celebración del *nguillatuwe*; el uso de agua del estero Añihuerraqui durante la celebración del *nguillatuwe* por la operación de la central; la posible afectación al sitio de significación cultural *eltuwe*; la limitación del acceso a plantas de uso medicinal y cultural; la intervención del estero Añihuerraqui donde existen puntos de captación y usos informales del agua por las comunidades y la interrupción del acceso a la captación del agua en el estero Añihuerraqui; la afectación a la paz y quietud del territorio por el aumento del tránsito en la Ruta S-983 y el deterioro de los caminos que usan las comunidades por el aumento del tránsito de vehículos.

De esta manera, los recurrentes sostienen que la RCA que califica favorablemente el proyecto de la CH Añihuerraqui es ilegal porque supone una vulneración de la libertad de culto de las comunidades del *Lof Trankura*. Si bien la consulta sirvió para visibilizar afectaciones específicas de las comunidades indígenas, la COEVA no ponderó adecuadamente sus resultados y finalmente aprueba un proyecto conculcando el derecho a la libertad de culto de los recurrentes que ven amenazados seriamente sus modos de vida y creencias y transgrediendo los arts. 2, 3, 4, 5, y 7 del Convenio 169 de la OIT, la DNU y las resoluciones de la Corte IDH que son parte del bloque de constitucionalidad al que Chile se adhiere.

Asimismo, los recurrentes denuncian que el ICE adolece de varios vicios que ponen de manifiesto la arbitrariedad con la que actuó el SEA al presentar la información y con la que la COEVA calificó después el proyecto:

En primer lugar, se afirma de manera poco veraz que se han acordado medidas de mitigación y compensación con las comunidades indígenas Camilo Coñoeguir, integrantes de la comunidad Camilo Coñoeguir Lloftunekul y Juanita Curipichun de Carén, respecto de las afectaciones al sitio de significación cultural cerros Punowemanke

(Txen Txen) y Peñewe (Kai Kai)⁵⁶¹, las molestias producto de la ejecución del proyecto durante la celebración del *nguillatun* y la afectación del uso de agua del estero durante la celebración del *nguillatun*. Entienden los recurrentes que se trata de una afirmación malintencionada del ICE que busca parcializar la posición de la Comunidad Indígena Camilo Coñoeguir Lloftunekul, ya que el conjunto de esa comunidad y su *lonko* habían manifestado su disconformidad con las medidas.

En segundo lugar, la arbitrariedad del ICE y la RCA se perfecciona al aprobar el proyecto desconsiderando la posición mantenida por la Comunidad Indígena Camilo Coñoeguir Lloftunekul y su *lonko* Alejandro Coñoeguir a lo largo de todo el proceso de evaluación ambiental y reflejada en los resultados del proceso de consulta indígena, el propio contenido del informe antropológico y los pronunciamientos de la CONADI y la Ilustre Municipalidad de Curarrehue, que de manera consistente y firme habían manifestado que las afectaciones al patrimonio cultural y religioso del complejo ceremonial del *nguillatuwe* del *Lof* Trancura no son mitigables, compensables ni reparables. Estas observaciones fueron desconocidas por la autoridad ambiental aduciendo que había otras medidas de mitigación.

Por consiguiente, los recurrentes estiman que la RCA es arbitraria ya que no considera el derecho a la libertad de culto de los recurrentes y carece de una fundamentación jurídica racional y apegada a los hechos y el derecho cuando no hay razón para que la RCA se aparte de lo propuesto por las comunidades en la consulta ni para que se aparte de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado al vulnerar:

-el derecho a la igualdad ante la ley (art. 19.2 de la CP). Los recurrentes consideran que la RCA es ilegal y arbitraria, por vulnerar el derecho a la libertad de culto de personas pertenecientes al pueblo mapuche, lo que comporta asimismo una vulneración de su

⁵⁶¹ El antropólogo Mario Barrientos explica que estos cerros están ligados “*al mito ancestral mapuche de la lucha entre las serpientes Kai Kai Vilu y Txen Txen Vilu, siendo un Txen Txen el lugar que posibilitó el refugio y salvación de los ancestros, ante la subida de las aguas, obra de Kai Kai*”. En particular, los cerros Txen Txen son montañas que destacan por su altura y forma sobre las demás cumbres del entorno y son lugares de significación cultural para el pueblo mapuche ya que constituyen espacios naturales que definen y orientan los rituales y las rogativas individuales y/o colectivas para pedir por el bienestar personal o de la comunidad y respecto de alguna situación climática/telúrica no deseada (Barrientos 2015).

derecho a la igualdad ante la ley pues ignora una diferencia reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico⁵⁶².

-el derecho a la propiedad indígena sobre sus tierras y recursos naturales (art. 19.24 de la CP), que protege la propiedad colectiva indígena y se justifica en la especial relación que mantienen con las tierras y territorios que es esencial para su preservación y desarrollo como pueblos diferenciados. Los recurrentes argumentan que el proyecto vulnera el derecho a la propiedad indígena ya que se emplaza en territorio ancestral del *Lof* Trancura y sobre un predio que es parte del título de merced de la Comunidad Indígena Camilo Coñoquir Lloftonekul, el cual fue permutado de manera bastante sospechosa al titular del proyecto⁵⁶³ y agregan que la consulta indígena es uno de los mecanismos que otorga el ordenamiento para proteger la importancia especial que las tierras y territorios tienen

⁵⁶² Como fuentes del derecho que permiten sustentar este reclamo, los recurrentes hacen referencia a jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Temuco que sostiene que la igualdad ante la ley no debe entenderse de manera rígida, sino que debe interpretarse que comporta acciones afirmativas del Estado que permitan tratar de modo diverso a los diferentes con el propósito de proteger sus derechos. Por este motivo es que los sujetos indígenas gozan de los derechos (y deberes) establecidos en leyes generales y también de los contemplados en leyes especiales, en tanto que discriminación positiva legítimamente autorizada cuya finalidad es permitir la mayor realización espiritual y material posible a todos los integrantes de la comunidad nacional y promover la integración armónica de todos los sectores de la nación asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (Corte Suprema, sentencia Rol N° 7287-2009, de 30 de noviembre de 2009; Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1705-2009, de 21 de enero de 2010); jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, que establece que para respetar el derecho a la igualdad ante la ley, los Estados deben garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de esas personas sujetas a su jurisdicción; el art. 1 de la Ley Indígena: “*Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines*”; el art. 2 del Convenio 169 de la OIT: “*Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*”; y art. 4 del Convenio 169 de la OIT: “*deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados*”.

⁵⁶³ Como fuente de este derecho, los recurrentes hacen mención al art. 14, inciso 2°, del Convenio 169 de la OIT: “*Los 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*”; al art. 13 del Convenio 169 de la OIT: “*los gobiernos deberán respetar la 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*”; a la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos de la *Comunidad Yake Axa v. Paraguay* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, donde la Corte reconoce que la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es la base de su desarrollo económico, social y cultural y es parte del reconocimiento de la especial relación que mantienen con sus territorios ancestrales y su entorno que los define como actores sociales y políticos diferenciados en sociedad multiculturales que deben ser especialmente reconocidos y respetados; al art. 1 de la Ley Indígena que reconoce la tierra como “*el fundamento principal de su existencia y cultura*” y establece el deber del Estado de “*proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación*”.

para los pueblos indígenas pero que los resultados del proceso consultivo habrían sido desconsiderados por parte de la COEVA⁵⁶⁴.

-el derecho a la manifestación de creencias y al ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, buenas costumbres o al orden público (art. 19.6 de la CP). Los recurrentes estiman que el proyecto supone una afectación directa al complejo ceremonial del *nguillatuwe* y una amenaza a las comunidades del sector para practicar los ritos que perfeccionan su creencia religiosa y reclaman que el Estado no satisface sus obligaciones positivas que dicen relación con i) asegurar el ejercicio de todos los ritos en que se cree en materia religiosa dentro de los límites de la moral, las buenas costumbres y el orden público; y ii) proteger los sitios ceremoniales que forman parte inescindible de una cultura originaria⁵⁶⁵.

-el derecho a desarrollar cualquier actividad económica legítima, que no sea contraria a la moral, orden público o seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (art. 19.21 de la CP), ya que el proyecto afectaría de manera directa y significativa el sistema de producción local consistente en un desarrollo del turismo de intereses especiales fundamentado en la belleza natural, el paisaje y la cultura del territorio como consecuencia del aumento del tránsito de camiones en la fase de construcción y la

⁵⁶⁴ Fundamentan esta argumentación en la jurisprudencia de la Corte IDH que vincula el reconocimiento del derecho a la consulta, en tanto que una de las garantías que garantiza la participación en las medidas que afecten a su derecho a la propiedad comunal, con el respeto del derecho a la identidad cultural que debe ser especialmente garantizado en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

⁵⁶⁵ Entre las fuentes del derecho que los recurrentes referencian para sustentar la obligación del Estado de respetar y proteger las culturas originarias y promover y proteger las manifestaciones culturales y religiosas indígenas, se encuentran disposiciones legales como el art. 1 de la Ley Indígena: “es obligación del Estado respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas [...] adoptando las medidas adecuadas para tales fines”; el art. 7 de la Ley Indígena: “El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena” y el art. 28 de la Ley Indígena, que vincula la protección de la cultura indígena con “la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena”, entre los que debe incluirse la protección de sitios ceremoniales; y disposiciones del Convenio 169 de la OIT que contienen derechos que son límites a la soberanía del Estado que está obligado a respetarlos y promoverlos en base a doctrina del bloque de constitucionalidad: art. 4 del Convenio 169 de la OIT: “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”; art. 5 del Convenio 169 de la OIT: “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”; y art. 8 del Convenio 169 de la OIT: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los DF definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

alteración del entorno natural que socavaría el potencial turístico por dejar de ser un lugar no intervenido a gran escala⁵⁶⁶.

En base a los fundamentos expuestos, los recurrentes concluyen que la RCA arbitraria e ilegal no respeta la normativa ambiental e indígena y presenta carencia de fundamentación racional ajustada a los hechos y el derecho, por lo que solicitan a la Corte de Apelaciones de Temuco i) admitir a tramitación el recurso; ii) decretar las medidas que estime necesarias para dar curso a los autos; iii) emitir orden de no innovar suspendiendo los efectos de la RCA mientras no se resuelva el fondo de la causa, ya que los efectos de la RCA ponen en riesgo la vida cultural y religiosa de los recurrentes; y iv) acoger el recurso para que se restablezca el imperio del derecho decretando dejar sin efecto la RCA que calificó favorablemente el proyecto de la CH Añihuerraqui.

7.2.2. Alegaciones del SEA.

La recurrida sostiene que procede rechazar el recurso de protección por los siguientes motivos: i) el recurso de protección no es la vía idónea para impugnar una RCA o solicitar que la RCA sea dejada sin efecto ya que desde la creación de los Tribunales Ambientales se cuenta con una jurisdicción especializada para conocer de dichas materias; ii) se ha cumplido con todos los presupuestos normativos de la consulta previa (previa, libre, informada, de buena fe, mediante instituciones representativas de las comunidades en el área de confluencia del proyecto, y procedimientos apropiados y previamente consensuados), por lo que no se configura arbitrariedad ni ilegalidad en su implementación; iii) inexistencia de afectación de carácter significativo sobre los sistemas de vida y costumbres en su dimensión socioeconómica y en lo referente a actividades productivas y emprendimientos turísticos (art. 8 letra d) del RSEIA), ya que no interrumpe

⁵⁶⁶ Como fuentes del derecho que sustentan el derecho de los pueblos indígenas a definir sus prioridades en materia de desarrollo citan el art. 7.1 del Convenio 169 de la OIT: “*Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”; jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Saramaka v. Surinam* donde se reconoce que los pueblos indígenas son titulares del derecho a la autodeterminación del art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el sentido de que puedan proveer a su desarrollo económico, social y cultural y disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales para que no se les prive de sus propios medios de subsistencia; y el art. 3 de la DNU, que reconoce asimismo el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas para que puedan perseguir su desarrollo económico, social y cultural.

la continuidad de las actividades y sus accesos, ni el abastecimiento de agua o recursos naturales se ven interferidos durante la construcción y operación del proyecto; iv) logro de acuerdos con la comunidad Camilo Coñoequier y Juanita Curipichún de Carén; y de acuerdos no definitivos con la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, el Comité de Pequeños Agricultores Pichitrunkura y la Comunidad Folilco Juan Curipichún; cumplimiento de la normativa ambiental (art. 11 de la LBGMA) y establecimiento de medidas de mitigación, reparación y compensación apropiadas para los impactos generados; vi) inexistencia de un acto u omisión ilegal imputable a la COEVA y en todo caso no afecta a las garantías constitucionales invocadas: no hay infracción a la igualdad ante la ley del art. 19.2 de la CP toda vez que se decretó y realizó un proceso de consulta con todas las garantías; no se produce una amenaza al art. 19.6 de la CP puesto que se establecen medidas de mitigación y compensación que tienen por objeto minimizar los posibles impactos a las ceremonias religiosas practicadas en dicho lugar; no hay vulneración del art. 19.21 de la CP ya que la RCA no constituye una limitante a este derecho; y no se produce una amenaza al art. 19.24 de la CP ya que la RCA no es una amenaza para el derecho de propiedad debido a que el ejercicio de este derecho no se ha tornado irrealizable, ni se ha visto entrabado ni privado.

7.2.3. Alegaciones del Titular.

El titular también solicita el rechazo del recurso de protección por considerar que i) la Corte de Apelaciones de Temuco es incompetente para conocer el asunto, pues las impugnaciones relativas a RCA son materia de exclusiva y excluyente competencia de los Tribunales Ambientales; ii) el recurso de protección sería extemporáneo pues los recurrentes conocían de la decisión de la COEVA desde el mismo día en que tuvo lugar la votación ya que participaron personalmente de la sesión; iii) infracción al debido proceso por no haber sido emplazado ni oído el reclamado; y iv) alegación de una cuestión de competencia en los términos del art. 28 de la LTA.

7.2.4. Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.

El Tribunal empieza en primer lugar considerando que debe pronunciarse respecto de la cuestión de la competencia, ya que por un lado el titular sostiene que la controversia es materia de competencia exclusiva y excluyente de los Tribunales Ambientales, y por el otro, los recurrentes defienden que considerando que el recurso de protección procede

sin perjuicio de otras acciones legales, debe resolverse la disputa desde la perspectiva de los derechos constitucionales para verificar si se requiere una cautela urgente.

La Corte de Apelaciones de Temuco observa que el proyecto no se emplaza en propiedad legal indígena, pero sí que lo hace en parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas del sector, donde en la actualidad se encuentran predios de particulares. Si bien los recurrentes solicitan dejar sin efecto la RCA por vulnerar las garantías constitucionales del art. 19 n° 2, 6, 21 y 24, la Corte considera que en el presente caso no se vislumbra la urgencia requerida para la procedencia de esta acción cautelar y con más razón cuando el ordenamiento jurídico ha establecido una jurisdicción especializada con plena competencia para conocer de estas materias en donde las partes implicadas pueden debatir y acreditar sus afirmaciones con todas las garantías en un juicio de lato conocimiento.

En lo que concierne a la reclamación de los recurrentes fundamentada en los vicios que presentaría la RCA y que afectarían a su legalidad, la Corte argumenta que el acto administrativo goza de presunción de legalidad conforme al art. 3 de la LBPA y, consecuentemente, la Corte invoca el *principio favor acti o favor administrationis* para argumentar que en caso de duda se debe actuar en favor de la validez y eficacia del acto. Además, por tratarse la RCA de un acto administrativo de carácter complejo, el recurso de protección no constituiría la vía idónea para evaluar los vicios de legalidad que pudieran afectarle. En este sentido, desde la creación de la jurisdicción ambiental, los Tribunales Ambientales constituyen la sede natural para discutir asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental y las acciones de impugnación de una RCA previo agotamiento de la vía administrativa. Es así que las pretensiones de invalidación de una RCA deben accionarse por medio de la vía del art. 17.8 de la LTA.

En base a estas consideraciones es que la Corte de Apelaciones de Temuco acoge la excepción de incompetencia de la COEVA y rechaza el recurso de protección debido a que la pretensión de los recurrentes, por sus características, es una materia de lato conocimiento que debe ser resuelta en sede de los tribunales ambientales⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 3956/2015, de 16 de noviembre de 2015.

7.2.5. Resolución de la Corte Suprema.

Confirma la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Temuco⁵⁶⁸.

7.3. Relevancia jurídica del caso.

Desde una dimensión estrecha, el caso es relevante por varios motivos:

i) se trata del primer caso judicializado en la región de La Araucanía en relación al desarrollo de un proceso de consulta previa indígena con el nuevo RSEIA en vigor⁵⁶⁹ y porque pone de relieve la instrumentalización de la consulta por parte del multiculturalismo neoliberal (Cuadra-Montoya 2021a y 2021b). Si bien la consulta se realiza en conformidad con los estándares internacionales en sus aspectos procesales y sirve para visibilizar impactos -inclusive impactos intangibles no perceptibles por terceros no miembros de comunidades indígenas- y definir algunas medidas de mitigación, reparación y/o compensación a través del diálogo intercultural, finalmente el proyecto es aprobado por la COEVA a pesar de no obtener el consentimiento por parte de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, el *lof* Trankura y la Comunidad Indígena Folilco Juan Curipichun, que consideran que no se puede aceptar que la CH se inserte en el corazón mismo del complejo ceremonial del *nguillatuwe*, máxima expresión de la religiosidad mapuche, y que ante este impacto significativo a su cultura, religión y espiritualidad no hay ninguna medida que sea capaz de reparar, mitigar o compensar el daño ocasionado. Finalmente, la aprobación del proyecto y el rechazo del recurso de protección suponen una vulneración a los derechos sobre el patrimonio cultural y religioso del *Lof* Trankura (Larraín y Schaeffer 2016), por la seria afectación a la celebración del *nguillatun* tanto a nivel simbólico como material (uso de agua, ruidos, aumento vehicular e interrupción de la celebración), erosionando especialmente la reproducción de prácticas con significación cultural, su espacio y los agentes que las ejecutan (Castro et al. 2016). El caso pone de manifiesto dos hechos graves: en primer lugar, el incumplimiento de la obligación del Estado chileno de proteger los derechos humanos así como del deber de la empresa titular del proyecto de respetar los derechos de las comunidades mapuche directamente afectadas por éste; en segundo lugar, la inexistencia de mecanismos efectivos para impedir, reparar y mitigar la violación de

⁵⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 33.154-2015, de 29 de diciembre de 2015.

⁵⁶⁹ El proceso de consulta se inicia incluso antes de que se reglamentara la consulta indígena en Chile (Silva 2017).

derechos humanos como consecuencia de la construcción de la central (Castro et al. 2016). Esta ausencia de mecanismos de participación efectiva para los pueblos indígenas tiene como consecuencia que el conocimiento indígena sea relegado por parte de las presunciones de la modernidad occidental (Sanhueza 2016).

En sus resoluciones, los tribunales de la jurisdicción constitucional aplican el principio de presunción de validez y eficacia de los actos administrativos y sostienen que no se vislumbra la urgencia de dictar una medida cautelar para proteger las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes ya que no se trata de derechos indubitados sino controvertidos que ameritan ser conocidos en un proceso de lato conocimiento, de forma que resuelven derivar el caso a los Tribunales Ambientales adoptando, en los términos propuestos por Carmona, una comprensión de la consulta indígena como obligación de medio y no de resultado (Carmona 2020a, 2020b)⁵⁷⁰. El abogado defensor de las comunidades Hernando Silva define el proceso de consulta indígena y el litigio en los siguientes términos: *“un proceso muy bueno con un final muy malo, porque establecimos primero un acuerdo metodológico en el cual incorporamos las formas propias de toma de decisiones, incorporamos a las autoridades tradicionales, incorporamos instancias procesales para ir revisando los impactos del proyecto”*⁵⁷¹, luego realizamos el proceso de consulta, [...] *también contratamos un antropólogo súper bueno que hizo el levantamiento de todos los impactos culturales del proyecto, y el resultado final del proceso de consulta era que el proyecto era inviable porque generaba impactos sobre el nguillatuwe, esos impactos no eran mitigables, reparables, ni compensables, y ahí está ese choque de paradigmas que te decía, por un lado la comunidad diciendo en un diálogo intercultural válido con el Estado, en un proceso de consulta, mire este proyecto no es viable, nosotros no vamos a dar nuestro consentimiento a este proyecto porque este proyecto tiene impactos que no pueden ser mitigados, como es la afectación a nuestros sitios sagrados. [...] El resultado final del proceso de consulta es ese, nosotros*

⁵⁷⁰ En este sentido, el caso de Añihuerraqui comienza a consolidar la doctrina de que la revisión de la legalidad de las RCA es una cuestión que escapa la tutela extraordinaria del recurso de protección y que es competencia técnica de los tribunales especializados en la materia (OIT 2021).

⁵⁷¹ El acuerdo metodológico del Proceso de Consulta Indígena incorpora bastantes elementos del estándar internacional del derecho a la consulta, ya que incluye en el proceso i) la incorporación del *Lof Trankura*, representado por su *longko* Alejandro Coñoquir, como institución representativa que debe ser sujeto del proceso de consulta indígena y de figuras propias del derecho mapuche para la toma de decisiones, como el *trawun* y el *nutram*; ii) la definición de que la finalidad del proceso de consulta es permitir a las comunidades e instituciones tradicionales consultadas incidir en los términos de la RCA del proyecto para que ésta no suponga una vulneración de los derechos colectivos de las instituciones consultadas; y iii) la incorporación de una fórmula de seguimiento de los acuerdos del proceso de consulta indígena (Castro et al. 2016).

no, el proyecto es inviable [...] y con el respaldo de la CONADI y con el respaldo de la municipalidad de Curarrehue diciendo sí, las medidas de mitigación no son aplicables, el proyecto no puede ir. [La] evaluación se pierde 7-4, [...] desconociéndose los resultados del proceso de consulta. De ahí después presentamos un recurso de protección [...], el tribunal estableció que eso no era competencia de ellos, que era competencia del Tribunal Ambiental y las comunidades ya decepcionadas de todo no quisieron ir al Tribunal Ambiental" (Silva 2017).

Los efectos del litigio en las comunidades mapuche fueron desmovilizadores y de profundizar la desconfianza hacia las instituciones del Estado y hacia los tribunales de justicia en particular porque terminan por “legalizar” las acciones de la Administración del Estado y permiten que los pueblos indígenas sean víctimas de esas acciones que el sistema jurídico no interpreta como perjudiciales (Sanhueza 2016). Así lo señala Silva: *“Entonces ahí la gente dijo: ¿para qué hacer un proceso de consulta, para qué le dedicamos tiempo a la consulta si después los acuerdos de la consulta el Estado no los considera?, “¿para qué van a seguir haciendo uso de [la institucionalidad] si a todo le dan la vuelta?”*. Esta contrariedad por los resultados del proceso de consulta indígena y del recurso de protección presentado se tradujo en que los recurrentes mapuche desistieron de presentar un recurso de reclamación ante los Tribunales Ambientales⁵⁷². Los resultados adversos cosechados por la movilización legal imbuyeron al movimiento mapuche de la sensación de alienación jurídica en los términos de Gargarella, donde el derecho opera como un cuerpo extraño y hostil respecto a los abusos que padecen las comunidades indígenas (Gargarella 2005, citado en Sanhueza 2016). Los efectos del litigio son que genera unos desplazados del derecho, silencia lo que los opositores al proyecto intentan verbalizar mediante el uso del derecho, bloquea los intentos contrahegemónicos por instituir visiones alternativas del derecho, bien porque no

⁵⁷² Pasado este primer momento de ofuscamiento (Silva 2017), trataron de impedir la construcción de la CH litigando contra la concesión eléctrica inconsulta que otorgaba servidumbres legales en el predio Lote 28-D propiedad de Pablo Calfumán Coñuequir y que reviste la condición de tierra indígena. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Temuco estimó que el recurso de protección deducido era improcedente por ser extemporáneo y no cumplir con el requisito de existencia de un acto ilegal o arbitrario. La Corte considera que el Decreto N° 82/2017 de Energía de fecha 9 de agosto de 2017 no había vulnerado el Convenio 169 de la OIT ni el D.S. 66 ya que el SEC no está facultado para decretar la consulta indígena que pretenden los recurrentes, además de observar que la consulta ya había tenido lugar en el marco del SEIA en donde había sido ingresado y evaluado el proyecto junto con las servidumbres legales a través de una concesión eléctrica. La Corte señala que la LGSE no contempla consulta indígena para el otorgamiento de concesiones eléctricas y que no procede la autorización previa de la CONADI debido a que el D.S. 66 otorga al órgano que adopta la medida administrativa la facultad de determinar la procedencia de la consulta (Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 23143-2018, de 10 de agosto de 2018).

comparten la jerga del campo jurídico o porque sus visiones son contrarias a las valoradas como normales, formales, legales (Sanhueza 2016) y deja el legado de “¿qué pasa cuando un proyecto necesariamente implica una afectación de derechos que son irreparables? ¿Cómo responde a eso el ordenamiento jurídico cuando no es aplicable la hipótesis del consentimiento?” (Silva 2017). Es por eso que se considera un caso de consulta fallida ya que se aprueba un proyecto que no debería prosperar por afectar a las formas de vida indígenas en una medida que no es mitigable, compensable ni tolerable (Faundes 2017), poniéndose en evidencia que la consulta no ha sido realizada de buena fe con el fin de llegar a un acuerdo o consentimiento sobre la medida a consultar (Castro et al. 2016) y que no ha servido como mecanismo para empoderar el rol de los pueblos indígenas en los procesos de negociación y asignar un mayor control indígena sobre el uso de los recursos naturales en la medida en que la consulta ha evidenciado limitaciones como mecanismo que permita incidir a los pueblos indígenas en la toma de decisiones (Höhl 2020)⁵⁷³. Es decir, Añihuerraqui es un claro exponente de la ausencia de un mecanismo legal que garantice la obtención del consentimiento e impida que los pueblos indígenas sigan siendo acechados por actividades relacionadas con la explotación de recursos naturales (CESCR, citado por Millamán 2019, Castro et al. 2016). Finalmente, las medidas de mitigación o compensación que se ofrecen responden a la lógica de la legislación ambiental pero no a la de los derechos humanos (Sanhueza 2016). Desde el propio SEA se reconoce que si bien “Añihuerraqui tuvo un mejor estándar en términos de metodología, ahora respecto de lo que fue la evaluación ambiental como tal yo creo todavía ahí en Añihuerraqui hay ciertas debilidades en cuanto a la evaluación ambiental del componente indígena, todavía se necesita avanzar en traducir de mejor manera la afectación del mundo indígena y la afectación antropológica hacia los conceptos del SEIA, entonces aquí hay un desafío de cómo hacer que estos dos mundos dialoguen, entonces yo creo que en eso todavía falta por avanzar”, y se admite que “todavía se estaba en una etapa de maduración, todavía como sistema y como Servicio estábamos todavía en una posición de una participación poco o menos activa de la que estamos hoy día, entonces yo creo que esos factores hacen que la evaluación ambiental probablemente

⁵⁷³ Epulef denuncia cómo se les impone un modelo de desarrollo ajeno que colisiona con sus sistemas de vida y sus propias prioridades de desarrollo: “Y es que está básicamente súper instalada la idea de que los proyectos vienen a generar mejores oportunidades y condiciones para los habitantes pobres de zonas rurales y es como no somos pobres, vivimos en zonas rurales, tenemos nuestras propias estrategias, tenemos nuestra propia visión del desarrollo, estamos organizados, estamos articulados y esta propuesta no nos interesa. Ese es el no que no se acepta, ¿no es cierto?” (Epulef, citada por Cayumán 2021).

haya sido menos rigurosa o no menos rigurosa quizás distinta a la que se puede hacer hoy día” (Medina 2017). En definitiva, la experiencia de Añihuerraqui refleja que la consulta como mecanismo de legitimación de la acción del Estado y de *accountability* debe seguir perfeccionándose (Vial-Latorre 2018) y como en Chile los pueblos indígenas gozan de garantías formales pero no siempre efectivas de sus derechos, lo que plantea el cuestionamiento de la utilidad de los procesos de consulta como instrumento de protección de derechos indígenas (Sanhueza 2016) y señala el reto pendiente de abrir la consulta a constituirse como un espacio donde a) el derecho pueda usarse de forma emancipatoria (Sanhueza 2016) para desafiar así la procedimentalización de la consulta⁵⁷⁴ (Carmona 2020a, 2020b) instrumental para el multiculturalismo neoliberal extractivo (Cuadra-Montoya 2021a y 2021b)⁵⁷⁵; b) se tome en consideración que en casos de ausencia de consentimiento el Estado sigue teniendo el deber de respetar los derechos sustantivos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT (Millamán 2019); y c) se reconozca el derecho a la identidad cultural como un límite externo a la forma en que se interpreta y aplica la consulta (Carmona 2020a).

ii) Al aplicar la presunción de legalidad de los actos administrativos, los tribunales en sede constitucional se eximen de hacer el control de validez del proceso de consulta indígena que están llamados a realizar, tanto en lo que concierne a los requisitos formales de la consulta, como respecto de la naturaleza y alcance de las afectaciones a la integridad física y cultural de los pueblos indígenas, para verificar que la afectación sea la mínima

⁵⁷⁴ El caso de Añihuerraqui refleja de manera sintomática esta comprensión de la consulta como obligación de medio, cuyo test de cumplimiento se agota con el cumplimiento de garantías procesales al margen de sus resultados, obviando que la finalidad de la consulta no es solo la búsqueda del consentimiento sino la protección de derechos indígenas y se erige en una barrera formal para la efectividad de las demandas indígenas que dicen relación con la protección de su cultura (Carmona 2020a). Coincide con este enfoque el abogado Millamán, que considera Añihuerraqui un ejemplo de cómo predomina una comprensión de la consulta como obligación de medios y no de resultados para así promover la aprobación y ejecución de los proyectos por sobre la protección de derechos y las tierras indígenas (Millamán 2019).

⁵⁷⁵ Cuadra-Montoya define el multiculturalismo neoliberal extractivo como la promoción de proyectos extractivistas por parte de las políticas de reconocimiento del multiculturalismo y de la inserción del sujeto pueblo indígena dentro de la lógica del modelo extractivista (Cuadra-Montoya 2021b, 2021a). Millamán coincide con esta visión al señalar que se necesitan comprensiones de los procesos de consulta indígena que tengan el punto de mira en la protección de derechos por sobre la promoción de las inversiones en territorios indígenas para terminar con estas estrategias de reconocimiento débil o vacío del multiculturalismo. Es decir, se entiende que la consulta ha sido instrumentalizada por el multiculturalismo para impedir demandas indígenas de mayor autonomía y autogobierno y perpetuar el extractivismo bajo una apariencia de cumplimiento de estándares de derechos indígenas, pero convirtiendo la consulta en realidad en un mecanismo estéril para la protección de derechos (lo que genera frustración y desconfianza en el mundo indígena hacia las instituciones del Estado) (Millamán 2019) y para la prevención y resolución de conflictos, con lo que se incrementa el descrédito de la política de reconocimiento del multiculturalismo (Cuadra-Montoya 2021a, 2021b) así como la sustentabilidad del Plan 100 Minihidros (Mapuexpress 2015b, Guillou 2015).

posible y legítima y esté justificada de manera razonable (Yrigoyen 2009, citada por Carmona 2020a)⁵⁷⁶. De esta manera, los tribunales omiten el análisis de la consulta como obligación de resultado, es decir, aun en casos de ausencia de acuerdo con las comunidades indígenas respecto de las medidas adoptadas, los tribunales deben garantizar el respeto de los derechos recogidos en el Convenio 169 de la OIT⁵⁷⁷. Sin embargo, los tribunales asumen la procedencia de las medidas propuestas por la COEVA desde una lógica occidental pero que no es asumible desde la cosmovisión indígena, poniéndose de relieve las dificultades de los recurrentes y los organismos técnicos como la CONADI para fundamentar y encontrar el respaldo legal para que las afectaciones intangibles sean efectivamente acogidas en términos de violaciones de derechos (Muñoz 2017)⁵⁷⁸. Así, por ejemplo, la medida de suspender la actividad de la central durante unos días no es culturalmente pertinente ya que en *“la práctica [la ceremonia] finalmente se pierde, la gente no va a ir a hacer una ceremonia a pedir por favor, a casi mendigar oiga paralice la central en tal fecha porque yo voy a hacer la rogativa; lo que va a pasar es que finalmente se irá a trasladar a otro lado o no irá a tener el mismo sentido que tiene estando el ambiente inalterable”* (Muñoz 2017). Sin embargo, la resolución de la COEVA deslegitima el pronunciamiento de la CONADI y pone de manifiesto cómo la calificación ambiental es un proceso más político que técnico sujeto a influencias

⁵⁷⁶ Tomando en cuenta los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Carmona expone que para que una medida de compensación, reparación o compensación pueda restringir el derecho a la identidad cultural como en el caso de la CH Añihuerraqui debe satisfacer los siguientes principios: idoneidad (la RCA favorable contribuye a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo); necesidad (medio más benigno para alcanzar dicha finalidad); proporcionalidad en sentido estricto (intensidad de la intervención sea la adecuada al objetivo de la intervención) y que no se ponga en peligro la subsistencia del grupo humano indígena (Carmona 2020a).

⁵⁷⁷ Esta manera de interpretar y aplicar la consulta indígena por parte de los operadores jurídicos vulnera los derechos indígenas reconocidos en el derecho internacional y el ordenamiento interno —art. 4 de la LBGMA establece la obligación del Estado de conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, instituciones y tradiciones de los pueblos, comunidades y personas indígenas, mientras que el art. 1 de la Ley Indígena recoge el deber del Estado de respetar, proteger y promover el desarrollo cultural indígena, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas velando por su adecuada explotación y su equilibrio ecológico (Millamán 2019).

⁵⁷⁸ Muñoz plantea estas dificultades en los siguientes términos: *“¿cómo yo me planteo frente a un pronunciamiento donde voy a decir que producto del entubamiento de un curso de agua, la comunidad dice que va a perder el valor espiritual que tiene esa agua porque ya no va a ir natural sino que va a ir entubada?, ¿cómo lo llevo a uno de los articulados del reglamento y o de la ley para que efectivamente tenga el peso suficiente? Cuando nosotros decimos se está afectando las prácticas culturales, la territorialidad, el uso consuetudinario, la salud mental, que es lo que realmente pasa en la comunidad, vamos a la normativa de la ley ambiental, ¿dónde lo encontramos eso? ¿no aparece!”* (Muñoz 2017). Muñoz considera que es un problema que los impactos intangibles en el medio humano no estén recogidos en la legislación ambiental y que las afectaciones diferenciadas sobre población indígena no estén taxadas porque permite que la autoridad ambiental disponga de un amplio margen de discrecionalidad (Muñoz 2017).

externas⁵⁷⁹ (Muñoz 2017) cuya resolución difícilmente puede ser controvertida en sede proteccional⁵⁸⁰.

iii) También desde un enfoque estrecho, algunos trabajos ponen de manifiesto las dificultades que presenta la traducción del conocimiento indígena al vocabulario técnico del peritaje antropológico como medio de prueba para fundamentar recursos judiciales en favor de las comunidades indígenas. Así, por ejemplo, Llancamán argumenta que el fundamento de los reclamos mapuche está orientado a mantener el orden y equilibrio con los *ngen* presentes en el territorio, pero que en el intento de hacer comprensible esta realidad en medio de la disputa pública se recurre a la expresión «espacio sagrado», «lugar sagrado o incluso “sitio de significación cultural” (término que emplea el antropólogo Barrientos en su peritaje). Esta traducción comporta una desnaturalización del concepto *ngen* desde diferentes perspectivas: por un lado, convierte lo ilimitado e incommensurable en acotado y mensurable puesto que un sitio puede ser georreferenciado y acotado; por el otro, al codificar desde la antropología el concepto de *ngen* con la categoría religión y práctica, se reproduce la división entre cultura y naturaleza ubicando al “sitio” en el primer lugar, cuando la existencia del *ngen* es independiente y preexistente de lo humano en tanto fuerza espiritual propia del lugar que está en relación tanto con plantas, minerales, humanos, hongos, animales y aguas. Para Llancamán, aquí radican los obstáculos que se encuentra el peritaje antropológico como medio de prueba en un juicio o estudio: al presentar los contenidos propios mapuche con categorías ajenas se corre el riesgo de reducir el significado relacional del término *ngen* y presentar términos como significancia cultural que permiten al evaluador y calificador ambiental y al intérprete judicial concentrarse en uno de los contenidos del término, por ejemplo, el sistema de aguas y sus prácticas asociadas como la necesidad de uso de agua para el *nguillatun*, y consecuentemente, abrir la posibilidad a que se acepten medidas de mitigación temporales

⁵⁷⁹ El proyecto es ejecutado por Taguavento, empresa ligada a la familia Matte (Höhl 2020) y son múltiples las voces que denuncian las presiones realizadas por el ministro Pacheco-Matte para que el proyecto fuese aprobado (Seguel 2022; González y Orezoli 2020), dando cuenta una vez más de cómo se imponen los proyectos desde Santiago por sobre la voluntad mayoritaria de los territorios (Mapuexpress 2015b).

⁵⁸⁰ La CONADI hizo llegar a la Corte de Apelaciones de Temuco el of. Ord. N° 823, de 20 de octubre de 2015, en respuesta al requerimiento de la Corte de que le facilitara su parecer al respecto del recurso de protección presentado. En dicho oficio, la CONADI reitera que el titular no se hace cargo adecuadamente de los efectos adversos significativos del proyecto sobre los grupos humanos indígenas en su dimensión antropológica ya que las medidas propuestas por el titular –mimetización de las tuberías y la casa de máquinas, insonorización de la casa de máquinas, suspensión del tránsito de vehículos, provisión de transporte, garantía de asistencia a la ceremonia de los trabajadores, fondo para rogativas– pretenden minimizar el ruido y la afectación visual, pero no abordan las dimensiones intangibles de los impactos, y destaca que tampoco la medida de asociatividad de la Adenda n° 4 es apropiada porque no existe equivalencia entre el efecto adverso generado y la medida compensatoria propuesta.

y geográficamente acotadas como denuncia la CONADI en su pronunciamiento. En definitiva, a diferencia del término *ngen*, el “sitio de significación cultural” sí es medible y puede ocupar una casilla de medidas de mitigación. Para Llanccamán, si bien no hay que desechar el uso del peritaje antropológico por su contribución a que ciertas interpretaciones como “espacio sagrado” o “fuerza espiritual” hayan sido consideradas en el marco del SEIA o los Tribunales Ambientales, sin embargo, la experiencia del caso de Añihuerraquí pone de manifiesto cómo la mediación de la antropología no siempre resulta efectiva e incluso muchas veces pueda ser instrumentalizada y deja como legado la necesidad de encontrar un rango del discurso más próximo a la perspectiva holística y relacional mapuche (Llanccamán 2020). A pesar de que se presentó un peritaje antropológico al SEA y al tribunal para informar respecto al patrimonio cultural y ceremonial mapuche y los principios y códigos del *Az Mapu*, incluyendo cómo las comunidades perciben los diferentes espacios e interactúan con ellos, así como la noción de impacto que sostienen las comunidades (Barrientos 2015)⁵⁸¹, no sirvió para que finalmente la autoridad ambiental y el tribunal acogieran las pretensiones mapuche.

iv) El hecho de que los recursos de protección sean deducidos por solo una parte de las comunidades afectadas por el proyecto refleja la heterogeneidad de las posiciones de las comunidades mapuche frente al desarrollo económico exógeno y sus proyectos asociados y el antagonismo existente entre las estrategias de los pueblos indígenas (Höhl 2020).

v) La consulta se convierte en un mecanismo que profundiza las diferencias entre las comunidades e incluso al interior de una misma comunidad, lo que facilita al titular llegar a acuerdos con algunas de ellas. Por un lado, las comunidades Juanita Curipichun de Caren y Camilo Coñoequir deciden negociar medidas de mitigación, compensación y reparación con el titular del proyecto de manera previa al proceso de consulta indígena, mientras que las comunidades Camilo Coñoequir Lloftunecul y Folilco Juan Curipichun

⁵⁸¹ Frente a una comprensión de la intervención localizada, finita, necesaria y útil por parte de la empresa, las comunidades mapuche tienen una comprensión de la afectación holística, interrelacionada e indivisible y entienden que la construcción de la central genera múltiples impactos significativos, desde la afectación a los sistemas de vida y costumbres en su dimensión antropológica y de bienestar social básico; a los ecosistemas naturales circundantes al estero, los puntos de captación de aguas y DAAC constituidos, y el estero Añihuerraquí, que se considera sagrado por ser un *trayenko* y proveer el agua para las ceremonias; a la pérdida del oficio de *lawentuchefe*, de conocimiento de la medicina tradicional, de especies vegetales y *lawen* y de frutas silvestres; a la erosión de la espiritualidad por intervención de los cerros sagrados y del complejo ceremonial del *nguillatuwe* y al perjuicio del modelo de desarrollo económico local basado en el turismo de intereses especiales que ha contribuido a la labor de rescate de la identidad tradicional para satisfacer las demandas de los visitantes y los turistas (Barrientos 2015).

rechazan las propuestas de la empresa y cualquier interacción fuera de la consulta. Además, dentro de la Comunidad Camilo Coñoequir Lloftunekul se produce una colisión entre los socios que defienden el proyecto y que han realizado negociaciones previas con el titular del proyecto y quienes rechazan la propuesta de la empresa y buscan negociar la no realización del proyecto mediante la consulta indígena. El resultado del proceso de consulta indígena es que favorece a los grupos indígenas que aceptan el proyecto y deciden negociar con la empresa indemnizaciones y medidas de compensación, mientras que desfavorece a las comunidades opositoras que no llegan a ningún acuerdo y se quedan finalmente sin nada después de que la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema rechacen sus recursos (Höhl 2020). De esta manera, la consulta indígena visibiliza a los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión pero para fortalecer a aquellos grupos humanos que se manifiestan en favor del proyecto y desconsiderar a los opositores al proyecto (Höhl 2020), evidenciando así la manera en que la consulta opera como instrumento del multiculturalismo neoliberal para desarrollar los proyectos en territorios indígenas (Cuadra-Montoya 2021a y 2021b), legitimar las decisiones del Estado (Sanhueza 2016) y construir desde las lógicas estatales y de las empresas una subjetividad indígena, la del indio permitido, el buen indígena con quien se va a negociar v. un indígena que se opone al desarrollo del país y a la expansión del capital global que va a ser reprimido (Cuadra-Montoya 2021a y Cusicanqui 2016, citada en Cuadra-Montoya 2021b; Hale y Millamán 2006; Cano 2015; Richards 2009).

vi) La proyección de la CH en Curarrehue, la inserción de la empresa en el territorio por medio de falsificación de documentos, engaños e intentos de cooptación de miembros de las comunidades⁵⁸², y la subsiguiente movilización indígena han dejado un legado de confrontación entre diferentes comunidades e incluso en el seno de una misma comunidad, con unos que están a favor y otros en contra del proyecto y de sus medidas de mitigación y compensación, -y que en el caso de la comunidad Camilo Coñoequir Lloftunekul ha provocado la expulsión de los socios que aceptaron la indemnización de la empresa. Todo ello ha tenido como efecto una pérdida del sentido colectivo local y de la identidad, lo que se refleja en la reducida participación en el ritual del *nguillatuwe* y en una fragmentación del tejido social que todavía no ha podido ser reconducida (Castro et al. 2016; Silva 2017; Muñoz 2017; Panguilef 2015).

⁵⁸² Este tipo de prácticas erosionan los esfuerzos generados por las instituciones del Estado en mejorar las instancias de participación y rendición de cuentas públicas y ponen en entredicho la capacidad gubernamental de fiscalizarlas y sancionarlas (Vial-Latorre 2018).

Desde un enfoque amplio de la movilización legal, el proyecto ha significado la promoción y resignificación de una identidad territorial en el *Lof Trankura*, proceso en el cual participan familias enteras, agrupaciones sociales rurales y urbanas mapuche que bajo la necesidad de defender su territorio han evidenciado símbolos, signos, creencias, es decir, todo un sistema de significados que les ha permitido desarrollar una identidad *winkulche*, esto es, auto identificarse como personas, gentes que habitan entre los cerros y que les ha incentivado a recuperar ciertas tradiciones, preservarlas y fortalecer su identidad mapuche (Castro et al. 2016). El peritaje antropológico ha sido un instrumento que ha contribuido a resignificar su identidad étnica como *winkulche* (Barrientos 2015) y las relaciones hombre-naturaleza, si bien no ha logrado incidir como medio de prueba en la aprobación del proyecto (Höhl 2020). En relación a este proceso de empoderamiento de la identidad étnica del territorio, Ana Epulef Panguilef da cuenta de cómo se articula la resistencia al extractivismo en el territorio en torno al grupo Defensa del Territorio de Curarrehue para detener primeramente a un proyecto minero, de forma que cuando se proyecta la CH la población local ya estaba más organizada y alerta: *“ya no es tan fácil que no tengamos información de lo que sucede, porque estamos alerta, conocemos ciertos códigos. Estamos más despiertos”* (Epulef Panguilef, citada por Cayumán 2021). Entre las actividades desarrolladas destacan una manifestación de representantes de comunidades indígenas y habitantes de Curarrehue en el hotel donde el Intendente regional estaba dando una cuenta pública (abril de 2013); la ceremonia e instalación de un *rewe* en un espacio tradicionalmente considerado sagrado y amenazado por el proyecto hidroeléctrico (abril de 2014); la comunicación de varias organización mapuche a la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz, para dar cuenta de los atropellos de los proyectos hidroeléctricos en los espacios sagrados mapuche (noviembre de 2014, OLCA 2014); la marcha de unas 400 personas con la asistencia de representantes del *Lof Trankura*, del movimiento “Los ríos nos unen”, de la Red de Ferias Walüng, del Consejo Medio Ambiental de Curarrehue y el alcalde de Curarrehue (abril de 2015); la creación en 2018 del *Koyagtun* de Kurarrewé, el Parlamento, espacio donde se juntan *lonkos*, mujeres y dirigentes que vienen a conversar y analizar las problemáticas que se están dando (Epulef 2021, entrevistada por Cayumán 2021; Bidegain 2016b)⁵⁸³.

⁵⁸³ La creación del Parlamento muestra cómo se articula y fortalece la resistencia y oposición mapuche en la defensa del territorio. Forman parte del Parlamento el *Lof Epewkura*, el *Lof Kurawe*, el *Lof Magte*,

Si bien los procesos de oposición se articulan por medio de las comunidades mapuche junto con grupos vinculados a la defensa territorial en la Región de la Araucanía y sus mecanismos de resistencia ante los proyectos hidroeléctricos habían logrado instalar en la agenda pública varios casos de proyectos de minicentrales hidroeléctricas de las comunas de Melipeuco, Curarrehue, Pitrufquen y Curacautín, emplazando de modo directo a la institucionalidad pública competente para que se atiendan sus demandas y propuestas relacionadas a la protección de lugares sagrados, economías locales e instituciones ancestrales, logrando incluso la atención y consideración por parte del gobierno regional, la aprobación del proyecto Añihuerraqui marca un antes y un después en las relaciones Estado-Pueblo Mapuche, ya que desde el gobierno central se manifiesta una directa intervención en favor del desarrollo energético basado en la hidroelectricidad en La Araucanía y se nombra a un nuevo intendente en agosto del 2015, que pone fin a los diálogos previamente establecidos y se traduce en un repliegue para las organizaciones indígenas que progresivamente van trasladando sus demandas ante diversas instancias administrativas, legislativas y judiciales, así como al Sistema Internacional de Derechos Humanos (Castro et al 2016).

En conclusión, Añihuerraqui es un caso paradigmático en donde la consulta sirve para hacer visibles impactos intangibles que no habían sido identificados por el titular en su EIA, pero que luego una vez identificados, la consulta no contribuye a la adopción de medidas o de una RCA consecuentes con esos impactos que amenazan, perturban o vulneran derechos indígenas de manera significativa ya que la COEVA finalmente resuelve que las medidas que se adoptaron fueron pertinentes, contraviniendo la opinión de las comunidades y de servicios como la CONADI o la Ilustre Municipalidad de Curarrehue que sostenían que los impactos en la religiosidad mapuche no eran mitigables, compensables o reparables. Añihuerraqui asimismo pone de relieve cómo la territorialidad indígena no es un elemento decisivo a la hora de frenar los proyectos hidroeléctricos porque aunque el proyecto se emplace en el corazón de un complejo ceremonial y los impactos sobre GHPPI sean reconocidos, finalmente se adoptan medidas desde una lógica occidental para aprobar los proyectos aprovechándose de las lagunas

el *Lof* Maychiñ, el *Lof* Reygolil, el *Lof* Txankura, el *Lof* Wampowe, el *Lof* Wanaw, la Comunidad Mapuche Puwala Mapu, la Comunidad Mapuche Wirilil Mapu, el Consejo de Pu Logko y Autoridades Tradicionales de Kurarewe, el Grupo de Mujeres Guardianas del Territorio de Kurarewe, Mercados Walüng Kurarewe, Acukura Agrupación Artística Kurarewe y el Consejo Territorial de Pukon (Mapuexpress 2019).

jurídicas de la legislación ambiental en lo que concierne a las afectaciones al componente medio humano indígena en su dimensión antropológica y la forma en que se traducen esas afectaciones en las categorías del SEIA (Muñoz 2017) y de una participación del SEA en la evaluación de los proyectos todavía escasa y poco rigurosa reflejo de una etapa anterior a Doña Alicia (Medina 2017). El caso Añihuerraqui deja pendiente el desafío de lograr que las cortes asuman en sede proteccional la competencia de adoptar medidas cautelares urgentes (o al menos órdenes de no innovar) ante la posible amenaza o perturbación de los DF de los pueblos indígenas⁵⁸⁴ y que adopten una comprensión de la consulta indígena como obligación de resultado (desafío que será superado con el caso de la CH Rincón).

Desde una dimensión amplia de la movilización legal, algunos trabajos apuntan a la escasez de recursos materiales y de activistas del movimiento opositor de las comunidades mapuche, junto a la incapacidad de construir alianzas de alcance nacional y un enmarcamiento de las demandas centradas en la defensa del agua y de los territorios, como factores que explican el resultado adverso cosechado por la movilización indígena y el hecho de que audiencias más alejadas de Curarrehue o La Araucanía se mostraran insensibles con sus reclamos (Perricone 2020).

⁵⁸⁴ No es comprensible cómo la Corte puede no ver la urgencia de adoptar medidas cautelares con el argumento de que no se está ante la vulneración de derechos indubitados sino controvertidos cuando el propio OAECA especializado, la CONADI, le está diciendo que las medidas propuestas por el titular no son adecuadas y que se va a producir una afectación significativa en la cultura y religiosidad mapuche. Al menos podría dictar una orden de no innovar hasta que Tribunales Ambientales no se pronuncien en caso de que los recurrentes acudan a la jurisdicción ambiental.

8. Reflexiones finales.

Desde un enfoque estrecho de la movilización legal mapuche frente a la implementación del Plan 100 Minihidros en la región de La Araucanía, es posible identificar cierto progreso en los resultados obtenidos en sede jurisdiccional, siendo los primeros recursos rechazados especialmente por cuestiones formales en sede proteccional, para luego encontrar un cierto avance en la jurisprudencia, especialmente en sede ambiental (Millamán 2019, Jaccard 2017) que dice relación con i) una comprensión amplia de la territorialidad indígena y la aplicación del principio precautorio (especialmente con el caso de la CH Doña Alicia), lo que permite desafiar la supremacía del principio de legalidad de los actos administrativos de carácter ambiental y revertir la carga de la prueba que se ponía sobre las espaldas de recurrentes mapuche y sus limitados recursos para beneficio directo de los proponentes y que se ha traducido en la actualidad en instrumentos de ingreso de las empresas al SEIA (Cuadra-Montoya 2021a) y pronunciamientos de los OAECA y del SEA más rigurosos y mejor fundamentados (Medina 2017; Muñoz 2017) ya que la autoridad ambiental es quien debe verificar imparcialmente la información entregada por el titular para descartar o confirmar la generación de impactos significativos mientras que el titular –y no las comunidades indígenas- es quien debe asumir la responsabilidad por las omisiones, errores e inexactitudes de los antecedentes del proyecto entregados al SEIA (Cuadra-Montoya 2021a y 2021b; Millamán 2019); o la prohibición de que el SEA retrotraiga la evaluación ambiental de la DIA de un proyecto cuando subsisten omisiones, errores o inexactitudes ya que lo que procede en ese contexto es el rechazo de la DIA (caso de la CH Llancalil); pero también en sede proteccional mediante la dictación de una orden de no innovar hasta que no se resuelvan los recursos administrativos y la causa pendiente en sede ambiental al considerar que la RCA no estaba suficientemente motivada por haber dado cobertura a un conjunto de omisiones y medidas inadecuadas respecto de los componentes agua, flora, fauna y medio humano (caso de la CH Rincón), de forma que se desafía en cierta medida la derivación “casi” automática que se realizaba desde la jurisdicción proteccional a la ambiental respecto de las causas relativas a impugnaciones de RCA (Durán 2017) con el argumento de que son cuestiones técnicas donde no están en juego derechos indubitados y que ameritaban ser estudiadas en un juicio de lato conocimiento, y donde las cortes prácticamente rehusaban entrar a valorar los méritos de una RCA con el argumento de que era un eslabón más de los permisos que necesita un proyecto y que no tiene la capacidad por sí mismo de vulnerar DF.

Paralelamente, se observa también un avance en la fundamentación y solidez de los recursos presentados por las comunidades mapuche gracias a que han sido capaces de obtener mejores asesorías jurídicas y que impide que los recursos sean rechazados por cuestiones formales (como sucede en caso de la CH Tacura, claro exponente de lo que denuncia Jaccard 2017 en relación a que en ocasiones el acompañamiento legal de las comunidades ha sido de muy baja calidad) e incrementa las posibilidades de que sean acogidos por los jueces.

Sin embargo, se constatan algunas paradojas en los resultados obtenidos por la estrategia de litigio mapuche: casos donde las afectaciones a derechos indígenas no son claras y son objeto de controversia, son rechazados (CH Doña Alicia), mientras que otros donde existe certeza y evidencia de las afectaciones son aprobados (CH Añihuerraqui) (Muñoz 2017). Esta paradoja se explica en parte por la concepción procedimental de la consulta que impera en el SEA y en los tribunales y que hace que la realización de una consulta indígena no sea garantía de una mayor protección de los derechos indígenas.

Desde una dimensión amplia de la movilización legal, más allá de la acogida o rechazo de las pretensiones mapuche en sede jurisdiccional, se observan también algunos logros, como que en la mayoría de los casos las comunidades mapuche afectadas de la cordillera o precordillera andina han sido capaces de tejer alianzas o construir sinergias a diferentes escalas para hacer frente a los proyectos hidroeléctricos, desde actores locales del territorio (como grupos ambientalistas, operadores turísticos, vecinos y la Municipalidad) y regionales (academia, ONGs) (Andueza 2018), o incluso en ocasiones lograr el apoyo de actores nacionales (ONGs, INDH, congresistas) y hacer llegar las amenazas o perturbaciones a sus derechos a instancias de las Naciones Unidas o del SIDH⁵⁸⁵ (*power-with dimension*), lo que se ha traducido en una multiplicidad de acciones, desde marchas, publicaciones y elaboración de informes, reuniones, ceremonias, corte de carreteras, *amicus curiae*.. (*power-to dimension*), que en ocasiones ha contribuido a una revitalización y resignificación de lo propio para oponerse a las CH (*power-within*) y que en el caso de la CH Alto Cautín la presión y las acciones colectivas desarrolladas por las comunidades mapuche de Curacautín lograron que el titular desistiera del proyecto aun y

⁵⁸⁵ Así, por ejemplo, la movilización legal mapuche logra que la CIDH incluya el caso de la CH Añihuerraqui en el informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” del año 2015, al referirse a las vulneraciones del derecho a la identidad cultural y libertad religiosa de los pueblos indígenas producto de la actividad empresarial.

cuando el recurso interpuesto por las comunidades había sido rechazado por la Corte de Apelaciones (*power-from dimension*, según categorías de Dugard 2022).

Sin embargo, se observan también algunos retos pendientes que la movilización legal ha puesto de manifiesto pero no ha podido superar:

i) Un primer reto es el de desenmascarar la supuesta sustentabilidad de las minicentrales, tanto en la dimensión ambiental, ya que los modelos de central de pasada que se promueven en las zonas cordilleranas y precordilleranas del sur de Chile en realidad no son homologables al modelo Run- Off rivers de la nomenclatura inglesa, sino que almacenan y desvían el 90% (o más) del caudal de los ríos por varios Km, lo cual supone una grave afectación ambiental y vulnera la legislación que sostiene que el caudal ecológico debe permanecer entre el 20-40% del caudal del río (Muñoz 2014), como en la dimensión participación, ya que la mayor parte de los proyectos se insertan en los territorios por la vía de la cooptación, el engaño o la falta de información, la presión política y de manera inconsulta. En cuanto a la dimensión participación, únicamente se han realizado cuatro consultas de entre los 38 proyectos de que constaba el catastro del Plan 100 Minihidros para la región de La Araucanía (CH Añihuerraqui, CH Rincón, CH Hueñivales y CH Los Aromos)⁵⁸⁶ y únicamente se han realizados reuniones previas contempladas en el art. 86 del RSEIA en los casos de las CH Llanquil y Hueñivales. Además del número reducido de consultas, lo que ha hecho que los recurrentes mapuche reclamen la omisión de la consulta previa en sede jurisdiccional (caso de la CH Llanquil, CH Doña Alicia, CH Alto Cautín, CH Pangui), en los casos judicializados respecto de la realización de la consulta indígena por un lado se constata la exclusión del proceso de consulta indígena de comunidades mapuche susceptibles de ser afectadas por el proyecto (caso de la CH Hueñivales); y por el otro, en cuanto a la convergencia entre los resultados de la resolución judicial y del proceso de consulta indígena, se observa lo distante que está la comprensión de la consulta como obligación de resultado (caso de la CH Añihuerraqui es un claro exponente), distancia que ha sido solo parcialmente subsanada en el caso de la CH El Rincón, donde las comunidades muestran un rechazo absoluto a las medidas propuestas por el titular y por el momento la Corte de Apelaciones ha dictado

⁵⁸⁶ El recurso mapuche contra la RCA de la CH Hueñivales está pendiente de resolución por parte del Tercer Tribunal Ambiental, mientras que el caso de la CH Los Aromos no ha sido judicializado por comunidades mapuche. A escala nacional únicamente habrían sido objeto de consulta previa cinco proyectos minihidros desde el año 2010, los cuatro citados de la Araucanía y la CH Florín II y III en la región de Los Ríos (Cuadra-Montoya 2021a, 2021b).

la orden de no innovar al proponente debido a la insuficiencia y falta de idoneidad de sus medidas. Es decir, que la consulta como instrumento del multiculturalismo ha permitido una inclusión a muy baja escala y sin embargo a través de ella se construye un discurso de reconciliación con el Estado cuando en realidad reproduce lógicas de exclusión y hegemónicas (Cuadra-Montoya 2021a) debido a las diferentes aristas que configuran la brecha de implementación de la consulta (Millamán 2019): i) mayoría de proyectos minihidro no son consultados porque ingresan al SEIA mediante una DIA; en los casos en que sí tiene lugar el proceso de consulta indígena, no siempre se consulta a todas las comunidades que dicen ser afectadas debido a la forma en que se interpreta la susceptibilidad de afectación directa por parte del SEA; no se considera en la calificación ambiental la opinión de las comunidades que participan de la consulta y los resultados del proceso consultivo; los reclamos mapuche de vulneración del derecho a la consulta previa en sede jurisdiccional no han sido acogidos por los tribunales⁵⁸⁷.

ii) Un segundo reto es el de lograr el reconocimiento de la obligación de realizar un proceso de consulta indígena en todas las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas y no constreñir la consulta únicamente al marco de las RCA, lo que en el contexto del desarrollo hidroeléctrico comprendería el ejercicio de procesos de consulta indígena para las concesiones eléctricas (Silva 2017).

iii) Un tercer reto es el de subsanar las lagunas y falta de normas claras que contiene la legislación y reglamentación ambiental que se erigen en una barrera para el uso de los tribunales como motor del cambio social al otorgar a la autoridad administrativa un amplio margen de discrecionalidad en sus resoluciones (Muñoz 2017; Sanhueza 2016) y en la estimación de la susceptibilidad de afectación directa que gatilla la consulta indígena (Observatorio Ciudadano et al. 2019; Cuadra-Montoya 2021a)⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Hay que indicar no obstante que al margen de la muestra de estudio de estas tesis, la jurisprudencia de los tribunales ha defendido que el estándar de la consulta recogida en el Convenio 169 de la OIT viene a enriquecer y llenar de contenido el art. 34 de la Ley Indígena (Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 1705-2009), con lo que se consigue desarmar desde la vigencia del Convenio a aquellas voces que en ocasiones sostenían que era suficiente con dar cumplimiento al estándar de “escuchar y considerar la opinión” del art. 34 de la Ley Indígena. De todas maneras, la incorporación de los estándares internacionales de la consulta previa en el ordenamiento interno chileno y en la jurisprudencia más reciente de los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema ha tenido unos efectos limitados ya que si bien han permitido ampliar los criterios de procedencia de la consulta, no han sido suficientes para saldar la deuda histórica y avanzar en una mayor protección efectiva de los derechos indígenas (Millamán 2019).

⁵⁸⁸ Esta crítica ha sido compartida también desde el sector empresarial para denunciar la falta de seguridad jurídica mínima que requieren las evaluaciones ambientales de los proyectos, “*sobre todo cuando se trata de proyectos ubicados en la Araucanía*”. Entienden que casos como Doña Alicia generan unos efectos

Por último, decir que queda pendiente monitorear y evaluar cómo terminan los casos de las CH Hueñivales y CH Rincón en sede ambiental para observar si se confirma como un foro de mayor receptividad para las reclamaciones mapuche que se oponen a los proyectos minihidro en la región de La Araucanía o por el contrario se corrobora la tesis que cuestiona que la jurisdicción ambiental haya supuesto un avance para la protección de los derechos indígenas en el marco del SEIA (Hervé y Bascur 2019).

insostenibles tanto en términos del tiempo de evaluación y calificación ambiental de los proyectos, como de criterios claros de evaluación y aplicación de las normas ambientales (Loyola 2018).

9. ANEXO. ANÁLISIS CUANTITATIVO.

9.1. Litigio mapuche frente al Plan 100 Minihidro.

Al analizar el uso del derecho y los tribunales por parte de personas mapuche para confrontar la ejecución del Plan 100 Minihidros en la región de La Araucanía, lo primero que cabe destacar es que de un total de 37 proyectos de minicentrales hidroeléctricas proyectadas⁵⁸⁹ se han judicializado a fecha de septiembre de 2022 un total de 8 casos en lo que concierne a RCA relativas a proyectos de generación eléctrica, lo que supone un porcentaje del 21,6 % del total de proyectos y del 61,53 % si solo consideramos los proyectos con RCA favorables, claramente superior al 4 % que se defendía desde la UGP en el año 2015 respecto de los proyectos de minicentrales ubicados entre la Región Metropolitana y la región de Aysén (UGP 2015), para argumentar que la judicialización de los proyectos estaba siendo sobredimensionada como barrera para la ejecución de las CH y que en realidad su peso era prácticamente insignificante (Pacheco-Matte 2018b, Pérez 2020). Es decir, por lo menos en la región de La Araucanía, como muestra el estudio, la posibilidad de que comunidades mapuche emprendan acciones judiciales sí constituye un obstáculo para el desarrollo de los proyectos –aunque tan solo sea por dilatar los tiempos del proyecto, incrementar costos al tener que contratar asesores y generar inseguridad en los inversores (Loyola 2018; Observatorio de la Productividad 2020)⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ La lista de minicentrales hidroeléctricas proyectadas en la región de La Araucanía que contempla el Plan 100 Minihidros son CH Carilafquén, Minicentral de pasada Catrileufu, CH Malalcahuello, CH Las Nieves, CH Tacura, CH El Rincón, CH Romero (Melipeuco), CH Añihuerraqui, CH Remeco, CH Relicura, CH Río Panguí, CH Panguí, CH Epril (Curarrehue); CH Picoiquen, CH Coihue (Angol); CH Trailelfu, CH Resbalozo Hidro, CH Llancañil (Pucón); CH Lolen (Lonquimay); CH Cabrero, CH Hidro de Pasada Río Negro, Minicentral de pasada Santa Elena, CH El Traro (Cunco), CH Quilentué, CH Molinera Villarrica, Minicentrales Pedregoso, Minicentrales Estero Pichipedregoso (Villarrica), CH Pintoresco, CH El Agrio, CH Alto Cautín, CH Hueñivales, CH Doña Alicia (Curacautín), CH de pasada Condor (Lautaro/Vilcún), CH Los Helechos (Loncoche), CH Los Aromos (Freire/Pitrufquén), CH Agua Viva (Collipulli/Mulchén), CH Puesto-Mamalluco (Curarrehue y Pucón).

⁵⁹⁰ Hay que señalar que además de estos 8 proyectos hidroeléctricos, muchos otros han tenido que hacer frente a la movilización legal mapuche que tiene lugar por medio de otros canales distintos a los tribunales, como marchas, protestas, cortes de carreteras, declaraciones públicas, sabotaje de maquinaria, etc. Algunos ejemplos serían los casos de la CH Pintoresco (Mapuexpress 2014a; 2015c; Pulof Comunicaciones 2015; Red de Defensa de los Territorios 2016; Ñuke Mapu. Centro de Documentación Mapuche 2015b); CH Resbalozo (Mapuexpress 2015d; Ñuke Mapu. Centro de Documentación Mapuche 2015c); CH Los Helechos (Puelche comunicaciones 2016); CH Los Aromos (Laizquierda Diario 2019; Mapuexpress 2014b; Mapuexpress 2015e; Ñuke Mapu. Centro de Documentación Mapuche 2015a; INDH 2014); CH Remeco (Mapuexpress 2015f; Mapuexpress 2015g) y CH Agua Viva (Resumen.cl 2021; Mapuexpress 2021).

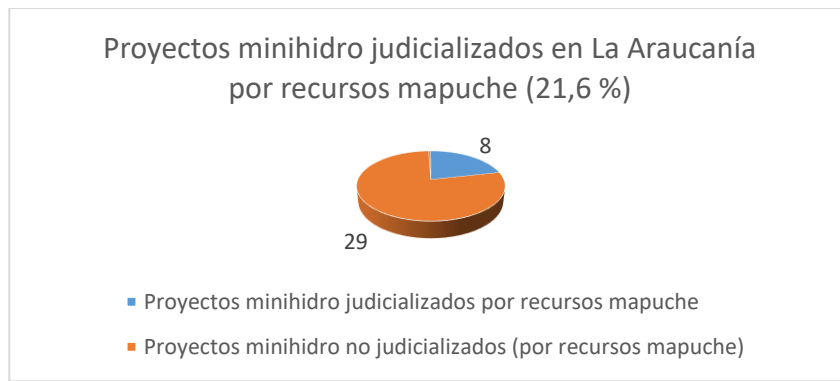


Ilustración 30. Proyectos minihidro judicializados en la región de la La Araucanía por recursos mapuche

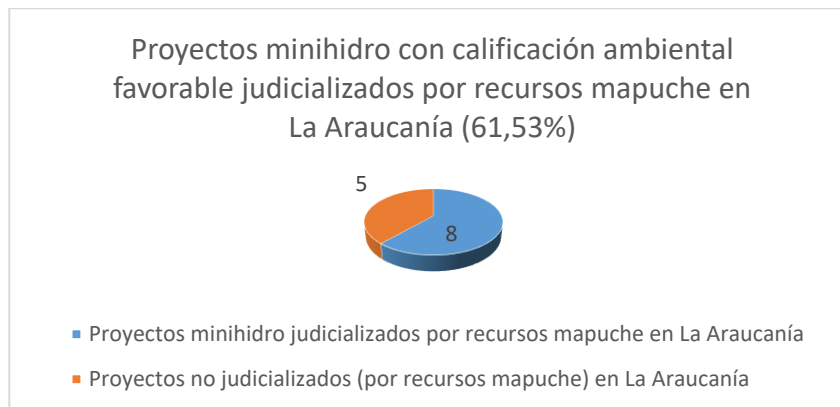


Ilustración 31. Proyectos minihidro con calificación ambiental favorable judicializados por recursos mapuche en la región de La Araucanía

De los 8 casos judicializados, 7 casos han sido judicializados en sede proteccional⁵⁹¹, mientras que solo 4 se han judicializado en los Tribunales Ambientales⁵⁹². Si bien hay que tomar en consideración que algunos de estos recursos fueron deducidos con anterioridad a la creación de los Tribunales Ambientales, también hay que destacar que de los tres casos judicializados en ambas jurisdicciones (CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Rincón), en dos ocasiones los recurrentes mapuche acudieron primero a la Corte de Apelaciones, mientras que en el caso de la CH Rincón, si bien reclaman primero en sede ambiental, terminan interponiendo un recurso de protección porque el Tercer Tribunal Ambiental había suspendido la causa sin decretar medidas cautelares que garantizaran la protección de sus derechos⁵⁹³. De esta manera, la muestra

⁵⁹¹ Por orden cronológico: CH Tacura (2008), CH Panguí (2013), CH Alto Cautín (2014), CH Añihuerraqui (2015), CH Doña Alicia (2017), CH Llancalil (2020) y CH El Rincón (2022).

⁵⁹² CH Doña Alicia (2016), CH Llancalil (2020), CH Rincón (2021) y CH Hueñivales (2022), los dos últimos pendientes de resolución por parte del Tercer Tribunal Ambiental.

⁵⁹³ Se manifiesta así cómo la preferencia por el recurso de protección se explica no solo por una mayor accesibilidad sino por las pretensiones que persiguen los recurrentes mapuche.

del estudio confirma las observaciones ya manifestadas por trabajos anteriores relativa a la preferencia de los recurrentes mapuche por la sede proteccional antes que la jurisdicción ambiental (Delgado 2021; Hervé y Bascur 2019; Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019; Häberle y Pelayo 2015).

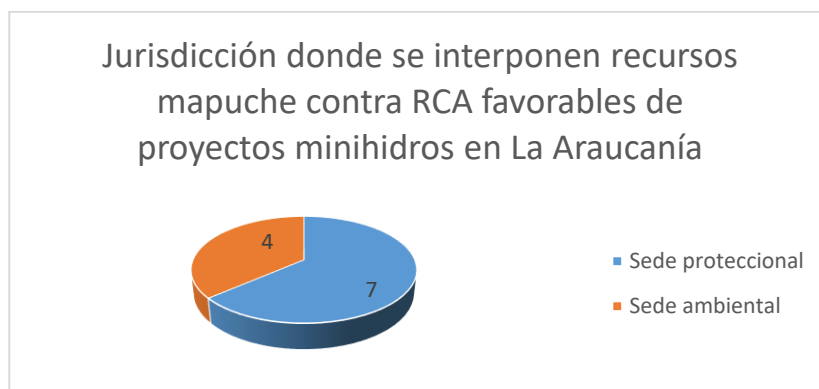


Ilustración 32. Jurisdicción donde se interponen recursos mapuche contra RCA favorables de proyectos minihidro en la región de La Araucanía

En sede proteccional, las garantías constitucionales más invocadas por los recurrentes mapuche han sido la igualdad ante la ley (art. 19.2 de la CP) en seis casos⁵⁹⁴; el derecho a un medio ambiente libre de contaminación (art. 19.8 de la CP) en seis casos⁵⁹⁵; el derecho a la libertad de culto (art. 19.6 de la CP)⁵⁹⁶ y el derecho de propiedad (art. 19.24 de la CP) en cuatro casos cada uno⁵⁹⁷; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica legítima (art. 19.21 de la CP) en tres ocasiones⁵⁹⁸; el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona (art. 19.1 de la CP) en dos ocasiones⁵⁹⁹ y el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (art. 19.3 de la CP)⁶⁰⁰ y el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19.22)⁶⁰¹ en una ocasión cada uno.

⁵⁹⁴ Casos de la CH Llancalil, CH Doña Alicia, CH Añihuerraqui, CH Alto Cautín, CH Pangui y CH Tacura.

⁵⁹⁵ Casos de la CH Rincón, CH Llancalil, CH Doña Alicia, CH Alto Cautín, CH Pangui y CH Tacura.

⁵⁹⁶ Casos de la CH Doña Alicia, CH Añihuerraqui, CH Alto Cautín y CH Tacura.

⁵⁹⁷ Casos de la CH Rincón, CH Llancalil, CH Añihuerraqui y CH Tacura.

⁵⁹⁸ Casos de la CH Llancalil, CH Añihuerraqui y CH Pangui.

⁵⁹⁹ Casos de la CH Rincón y CH Tacura.

⁶⁰⁰ Caso de la CH Llancalil.

⁶⁰¹ Caso de la CH Pangui.

DERECHOS INVOCADOS POR RECURSOS MAPUCHE EN SEDE PROTECCIONAL CONTRA RCA DE MINIHIDROS EN LA ARAUCANÍA

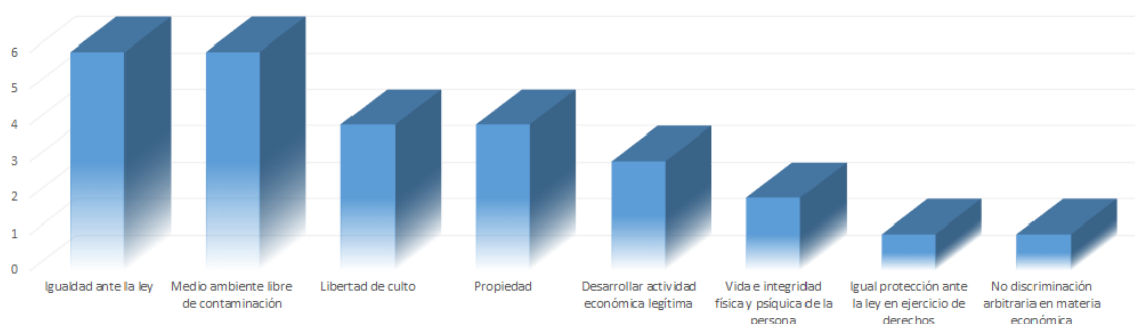


Ilustración 33. Derechos invocados por recursos mapuche en sede proteccional contra RCA de minihidros en la región de La Araucanía

En sede ambiental, en cambio, las alegaciones de fondo presentadas por los recurrentes mapuche en contra de las RCA han sido⁶⁰²: en todas las ocasiones (4) la omisión o infracción al deber de consulta indígena; la metodología empleada por el titular para definir y evaluar los diferentes componentes ambientales; los errores, omisiones e inexactitudes no subsanados del instrumento de ingreso al SEIA en la delimitación del área de influencia del proyecto respecto del medio humano, especialmente en lo que concierne a la caracterización antropológica, y respecto de los efectos, características o circunstancias de las letras a) (riesgo para la salud), c) (alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos), d) (localización en o próxima a población protegida), f) (alteración de sitios con valor antropológico y pertenecientes al patrimonio cultural) del art. 11 de la LBGMA, destacando la susceptibilidad de afectación a espacios donde moran los *ngen* y de alta significación cultural porque se celebran ceremonias como el *nguillatun* o el *llellipun* o prácticas como la recolección de *lawen* (alegaciones presentes en todas las reclamaciones). Otros espacios de significación cultural que fundamentan las reclamaciones mapuche en la jurisdicción ambiental son los

⁶⁰² Las alegaciones mapuche por cuestiones formales en la jurisdicción ambiental han consistido fundamentalmente en la legitimidad activa de los reclamantes, sea mediante la vía del art. 17.6 de la LTA por la no consideración de las observaciones ciudadanas (casos de la CH Doña Alicia, CH Llancalil o CH Rincón) o a través de la invalidación impropia del art. 17.8 de la LTA (caso de la CH Hueñivales, donde los reclamantes sostienen que i) no hay que confundir las observaciones presentadas por personas mapuche en el proceso de participación ciudadana con la persona comunidad indígena y ii) que de todas maneras aun en el supuesto de que se hubieran presentado observaciones no estarían incapacitados los reclamantes siempre y cuando estos sean parte interesada y demuestren afectación a sus derechos).

trayenko, *menoko* y *eltun* (en tres ocasiones)⁶⁰³ y los *trawunko* y *gilawe* (en dos ocasiones)⁶⁰⁴. En tres de los cuatro casos las reclamaciones mapuche han alegado la indebida consideración de las observaciones ciudadanas⁶⁰⁵, lo que comporta la ausencia de respuesta fundada por parte de la autoridad ambiental y la falta de motivación de la RCA; desconsideración de la territorialidad indígena⁶⁰⁶; y afectación a conectividad, comunicaciones y accesos⁶⁰⁷; en la mitad de los casos (2), las reclamaciones mapuche han sostenido que el instrumento de ingreso al SEIA debiera ser un EIA (art. 10 y 19.3 de la LBGMA)⁶⁰⁸; y han alegado errores, omisiones o inexactitudes respecto de la identificación y valoración de los efectos, características o circunstancias de la letra e) del art. 11 de la LBGMA (paisaje y turismo)⁶⁰⁹; respecto de la fauna nativa⁶¹⁰, del caudal ecológico⁶¹¹ y de la remoción de suelo⁶¹²; vulneración del principio de participación ciudadana⁶¹³; afectación al trabajo colaborativo y la unidad de grupo⁶¹⁴; vulneración del principio preventivo del SEA⁶¹⁵; falencias en la línea de base arqueológica⁶¹⁶ y afectaciones en la dimensión socioeconómica (agricultura y horticultura de subsistencia) y de bienestar social básico⁶¹⁷; y en una sola ocasión, vulneración de los principios precautorio, imparcialidad, contradicción y congruencia, inobservancia de las guías del SEA, omisión de reuniones previas del art. 86 del RSEIA, falta de contenido mínimo del ICE y la RCA (art. 36 del RSEIA) y fraccionamiento del proyecto (caso de la CH Llancalil); no fundamentar la desconsideración de los pronunciamientos de los OAECA, falta al debido proceso administrativo por no emplazar previamente a los interesados, errores, omisiones e inexactitudes respecto de los efectos, características o circunstancias de la letra b) del art. 11 de la LBGMA (recursos renovables), especialmente respecto del

⁶⁰³ *Trayenko* en los casos de las CH Llancalil, CH Rincón y CH Hueñivales; *menoko* en los casos de las CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Hueñivales; *Eltun* en los casos de la CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Hueñivales.

⁶⁰⁴ *Gilawe* en los casos de la CH Doña Alicia y CH Hueñivales; *trawunko* en los casos de la CH Llancalil y CH Hueñivales.

⁶⁰⁵ Casos de la CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Rincón.

⁶⁰⁶ Casos de la CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Hueñivales.

⁶⁰⁷ Casos de la CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Hueñivales.

⁶⁰⁸ Casos de la CH Llancalil y la CH Hueñivales.

⁶⁰⁹ Casos de la CH Llancalil y CH Rincón.

⁶¹⁰ Casos de la CH Llancalil y CH Rincón.

⁶¹¹ Casos de la CH Llancalil y CH Rincón.

⁶¹² Casos de la CH Doña Alicia y CH Llancalil.

⁶¹³ Casos de la CH Llancalil y CH Rincón.

⁶¹⁴ Casos de la CH Doña Alicia y CH Hueñivales.

⁶¹⁵ Casos de la CH Llancalil y CH Hueñivales.

⁶¹⁶ Casos de la CH Llancalil y CH Hueñivales.

⁶¹⁷ Casos de la CH Doña Alicia y CH Hueñivales.

componente agua: efectos sinérgicos sobre el agua por la operación de varias centrales, afectaciones a la calidad del agua y formación de una poza o embalse (CH Rincón).

Ilustración 34. Alegaciones de fondo de las reclamaciones mapuche en sede ambiental



Para ser acogidas por los tribunales, las pretensiones mapuche tanto en sede proteccional como ambiental han tenido que superar las alegaciones de forma y fondo presentadas por el SEA y el titular del proyecto (si bien de la misma manera que señalaban Ruiz-Molleda 2021 y Quispe 2021 en el caso del Perú, la mayor parte de ellas se han centrado en alegaciones de forma).

De los siete casos presentados en sede proteccional, el SEA ha presentado las siguientes alegaciones de forma: en cinco ocasiones que el recurso de protección no es la vía idónea para impugnar una RCA, especialmente desde la creación de los tribunales ambientales, puesto que se trata de una decisión técnica cuyos méritos deben ser revisados en un proceso de *lato conocimiento* al no verse concernidos derechos indubitados⁶¹⁸, de forma que las cortes de apelación no pueden asumir estas causas sin vulnerar el principio de inavocabilidad⁶¹⁹; la inexistencia de un acto u omisión ilegal o arbitraria imputable al SEA/COEVA o que tenga relación causal con la amenaza a DF de los recurrentes⁶²⁰; en cuatro ocasiones, que los recurrentes no explican de qué modo el proyecto y la RCA le generan una amenaza o perturbación en el ejercicio de sus DF⁶²¹; en dos ocasiones, que los recurrentes (personas jurídicas) no son titulares del derecho a un medio ambiente libre de contaminación⁶²²; y en una ocasión, que no se vislumbra en las alegaciones de los recurrentes la necesidad de dictar medidas cautelares con carácter urgente (caso de la CH Rincón); que la controversia ya ha sido conocida por el Tribunal Ambiental y se encuentra pendiente de resolución por la Corte Suprema via casación (caso de la CH Doña Alicia); extemporaneidad del recurso (CH Alto Cautín); falta de legitimidad pasiva de alguno de los recurridos (caso de la CH Alto Cautín) o incertidumbre respecto a la legitimidad pasiva al no individualizar al recurrido, falta de personería, no especificar el acto contra el que se recurre y no indicar en el petitorio la solicitud a la Corte (caso de la CH Tacura).

⁶¹⁸ CH Rincón, CH Llancalil, CH Doña Alicia, CH Alto Cautín, CH Pangui.

⁶¹⁹ CH Tacura y CH Llancalil.

⁶²⁰ CH Rincón, CH Llancalil, CH Alto Cautín, CH Pangui, CH Tacura. La autoridad ambiental sostiene que la RCA es un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que produzca menoscabo en garantías constitucionales (CH Tacura) y que no se vislumbra relación de causalidad directa entre la dictación de la RCA y la vulneración de DF ya que la RCA no tiene la capacidad de agraviar las garantías constitucionales invocadas.

⁶²¹ CH Rincón, CH Llancalil, CH Alto Cautín, CH Tacura.

⁶²² CH Alto Cautín, CH Pangui

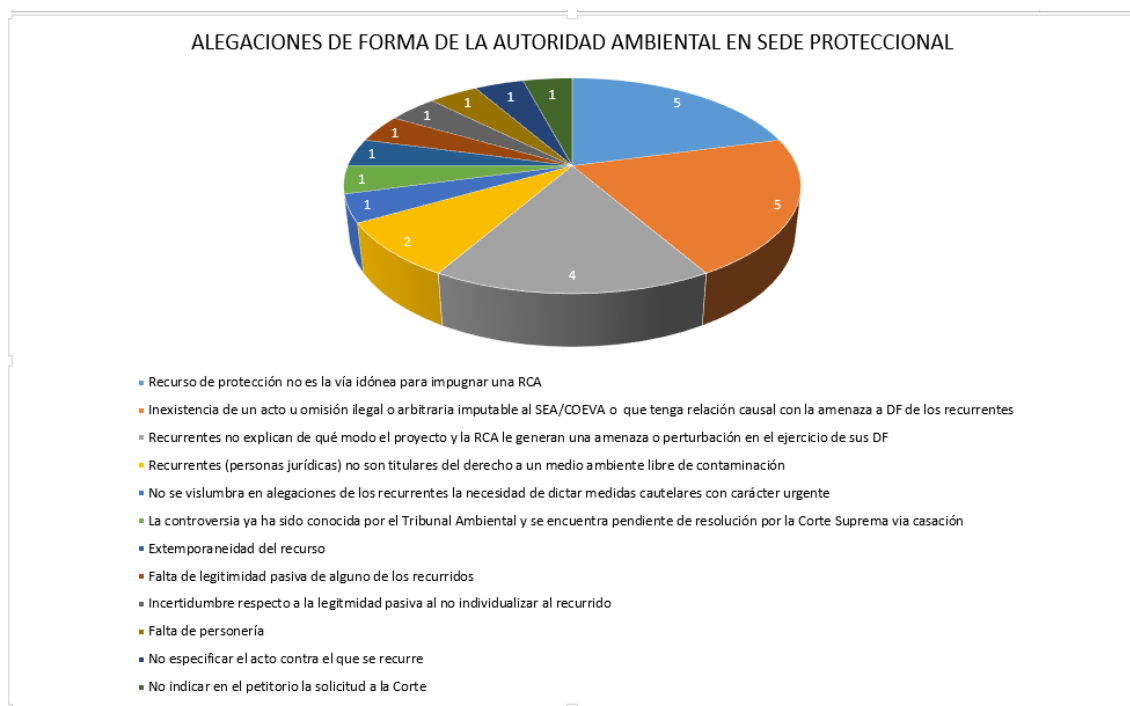


Ilustración 35. Argumentos de forma de la autoridad ambiental en sede proteccional

En cuanto a las alegaciones de fondo del SEA, entiende que en todos los casos no se suscita ninguna vulneración de garantías constitucionales ya que la autoridad ambiental actuó conforme a derecho y evaluando correctamente el proyecto, por lo que no se produce ningún acto ilegal o arbitrario (descartando la privación, amenaza o perturbación del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica⁶²³, del derecho a la igualdad ante la ley⁶²⁴, del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos⁶²⁵, del derecho al medio ambiente⁶²⁶, del derecho a la libertad de culto⁶²⁷, del derecho a la actividad económica⁶²⁸, del derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica⁶²⁹ y del derecho de propiedad⁶³⁰); que los actos recurridos descartan de manera fundada los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA, especialmente de las letras c) (sistemas de vida y costumbres de grupos humanos), d) (localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas y valor ambiental del territorio) y f) (alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al

⁶²³ Casos de la CH Tacura y CH Rincón.

⁶²⁴ Casos de la CH Tacura, CH Pangui, CH Alto Cautín, CH Doña Alicia, CH Añihuerraqui y CH Llancalil.

⁶²⁵ Casos de la CH Llancalil

⁶²⁶ Casos de la CH Tacura, CH Pangui, CH Alto Cautín, CH Llancalil y CH Rincón.

⁶²⁷ Casos de la CH Tacura, CH Alto Cautín, CH Doña Alicia y CH Añihuerraqui.

⁶²⁸ CH Pangui, CH Añihuerraqui y CH Llancalil.

⁶²⁹ CH Pangui.

⁶³⁰ CH Tacura, CH Añihuerraqui, CH Llancalil y CH Rincón.

patrimonio cultural)⁶³¹ y también de las letras a) (riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos), b) (efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, el agua y el aire) y e) (alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona) de la misma disposición⁶³², por lo que no es necesario que el proyecto ingrese al SEIA mediante un EIA⁶³³ ni sea sometido a un proceso de consulta indígena⁶³⁴, mientras que en dos ocasiones estima que el proponente ha adoptado medidas de mitigación, compensación y reparación apropiadas y suficientes para hacerse cargo de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA⁶³⁵; y en una ocasión que no se produce vulneración del principio preventivo⁶³⁶ ni precautorio⁶³⁷ del derecho ambiental porque o bien se han descartado los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la LBGMA o bien no existe incerteza respecto de los mismos; que se cumple con los requisitos y estándares de la consulta previa⁶³⁸; que no es cierto que se incumplan las guías del SEA en la evaluación y calificación ambiental del proyecto⁶³⁹; que la RCA es acorde a los pronunciamientos de los OAECA⁶⁴⁰ o bien desacorde, lo que no convierte la RCA en un acto ilegal o arbitrario ya que los oficios de los OAECA obligan a la autoridad ambiental a tomarlos en consideración pero no tienen carácter vinculante y la administración puede prescindir del informe de un OAECA en sus resoluciones siempre que entregue fundamentos para ello⁶⁴¹; traslada la carga de la prueba sobre el recurrente al afirmar que no ha demostrado razonada y suficientemente de qué manera la RCA genera una privación, amenaza o perturbación a sus garantías constitucionales⁶⁴²; sostiene que se ha dado satisfacción al principio de participación contemplado en el art. 34 de la Ley Indígena, al haberse desarrollado procesos de socialización y haberse dialogado y recogido la opinión

⁶³¹ Casos de la CH Tacura, CH Pangui, CH Alto Cautín, CH Doña Alicia y CH Llancalil.

⁶³² Casos de la CH Tacura, CH Pangui, CH Alto Cautín y CH Llancalil.

⁶³³ Casos CH Tacura, CH Llancalil (de manera implícita CH Alto Cautín y CH Pangui al no reconocer afectación al art. 11 de la LBGMA).

⁶³⁴ Casos de la CH Alto Cautín, CH Pangui, CH Doña Alicia y CH Llancalil.

⁶³⁵ Casos de la CH Añihuerraqui y CH Rincón.

⁶³⁶ Caso de la CH Llancalil.

⁶³⁷ Caso de la CH Llancalil.

⁶³⁸ Caso de la CH Añihuerraqui.

⁶³⁹ CH Llancalil.

⁶⁴⁰ Casos de la CH Doña Alicia, CH Llancalil,

⁶⁴¹ Casos de la CH Tacura, CH Rincón.

⁶⁴² Casos de la CH Tacura, CH Alto Cautín y CH Doña Alicia.

indígena⁶⁴³; que no se vulnera el principio de no contradicción⁶⁴⁴; y que existe desconexión entre el reclamo de calificación desfavorable del proyecto y las alegaciones de desconsideración de las observaciones⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Caso de la CH Panguí.

⁶⁴⁴ CH Llancalil.

⁶⁴⁵ CH Doña Alicia.

Ilustración 36. Argumentos de fondo del SEA para oponerse a los recursos de protección mapuche



En los cuatros casos reclamados en sede ambiental, el SEA reproduce algunos de los mismos argumentos alegados en sede proteccional. Respecto de los argumentos de forma por los cuales el SEA considera que la acción de impugnación mapuche debe ser rechazada, se observan paralelismos entre el caso de la CH Doña Alicia y la CH Rincón. Destacan argumentos como i) la vulneración del principio de congruencia, por el cual el Comité de Ministros sólo podía pronunciarse respecto de aquello que fue sometido a su conocimiento, es decir, el recurso de reclamación presentado por el responsable del proyecto; ii) la falta de legitimidad activa de los reclamantes para impugnar la RCA vía art. 17.6 de la LTA por no haber agotado los recursos administrativos previamente y porque además se había dado la debida consideración a sus observaciones. Otros argumentos de forma del SEA son que el SEA no cuenta con competencias para determinar de manera preventiva el fraccionamiento de un proyecto, que es competencia de la SMA; la decisión de poner término anticipado es potestad discrecional de la Administración (SEA y OAECA) y no responde a la solicitud de terceros; y que no se dan los requisitos para poner término anticipado a la evaluación del proyecto por falta de información relevante o esencial que no pueda ser subsanada mediante la decisión de retrotraer la evaluación ambiental del proyecto⁶⁴⁶; así como la falta de competencia del tribunal por no agotamiento de la vía administrativa por parte de los reclamantes, la vulneración de la legítima defensa del reclamado (autoridad ambiental), obligando al Comité de Ministros o al Director Ejecutivo del SEA a pronunciarse ante los Tribunales Ambientales sobre una materia que no había sido puesta en su conocimiento en sede administrativa, la no indefensión en cambio de los reclamantes porque disponen de la acción general de impugnación -invalidación del art. 17.8 de la LTA⁶⁴⁷- y la debida tramitación del procedimiento administrativo ya que no se produce falta de emplazamiento de los interesados porque los reclamantes no tienen esta calidad al no haber participado en la instancia recursiva administrativa⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ Caso de la CH Llancalil.

⁶⁴⁷ Caso CH Doña Alicia.

⁶⁴⁸ Caso CH Rincón.

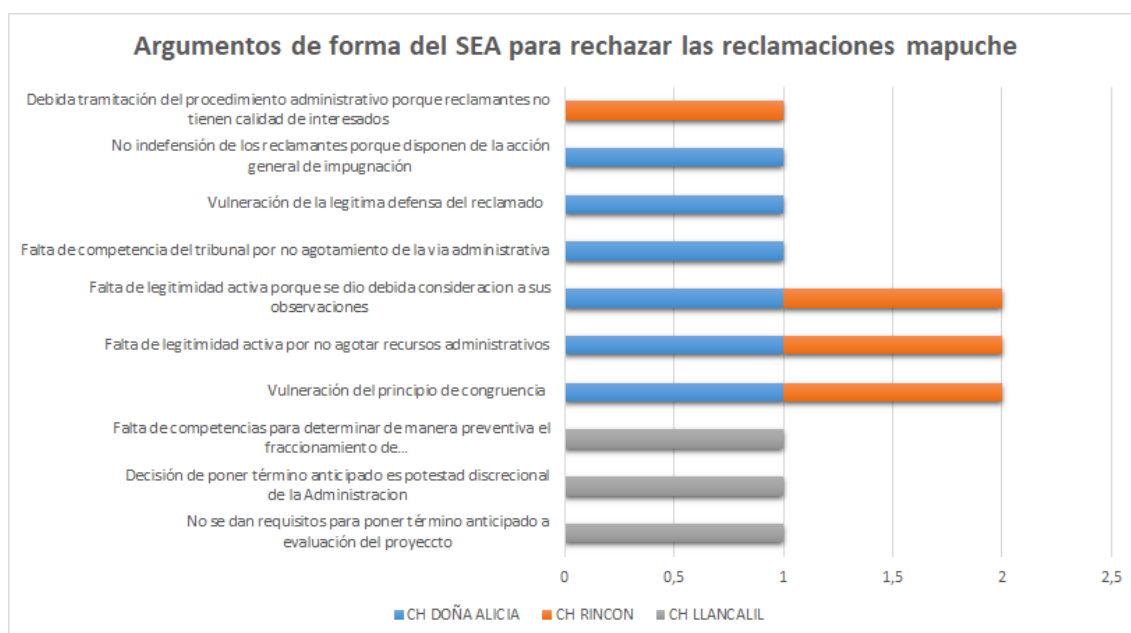


Ilustración 37. Argumentos de forma del SEA para rechazar reclamaciones mapuche en sede ambiental

En cuanto a los argumentos de fondo, en los casos de la CH Rincón y CH Doña Alicia, el SEA considera que se produce una correcta motivación en la resolución reclamada y una debida consideración de las observaciones ciudadanas, a las cuales se ha ofrecido una respuesta fundada⁶⁴⁹, mientras que observa que en el caso de la CH Llançalil la calificación ambiental está viciada debido a que se ha producido en base al hecho de que el proponente no ha justificado correctamente la inexistencia de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA y a su omisión de respuesta fundada de las observaciones ciudadanas en materia de ruido y vibraciones, fauna, medio humano, valor ambiental y turismo, faltas que no habrían sido subsandadas por omisiones contenidas en el ICSARA complementario, razón por la cual se habría violentado el principio de contradictoriedad y se justifica la decisión de retrotraer la evaluación ambiental del proyecto, que a su vez hace que no sea posible resolver la procedencia del ingreso del proyecto al SEIA mediante un EIA ni la realización de un proceso de consulta indígena debido a que los componentes turismo, medio humano y valor ambiental del territorio están todavía en evaluación. No obstante, el SEA sostiene que la decisión de retrotraer la evaluación ambiental del proyecto no vulnera el principio de imparcialidad y no priva a los reclamantes de la posibilidad de interponer nuevos recursos

⁶⁴⁹ El ORD. N° 130528 del Director Ejecutivo del SEA, que “Imparte instrucciones sobre la consideración de las observaciones ciudadanas en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental” de 1 de abril de 2013, exige para la correcta fundamentación de la respuesta a las observaciones ciudadanas que esta sea completa y precisa, independiente, de autoría impersonal y actualizada.

administrativos y defiende que las reuniones previas contempladas en el art. 86 del RSEA se hicieron conforme a la norma vigente y a la obligación de generar actas, observando que el reglamento no recoge una metodología predefinida ni exige ningún lugar o sujeto en particular para llevar a cabo dichas reuniones⁶⁵⁰.

En cambio, los argumentos de fondo del SEA en relación a la procedencia de la consulta indígena son contrapuestos en los otros dos casos: si en el caso de la CH Rincón sostiene que el proceso de consulta indígena ha sido ajustado a derecho y desarrollado en conformidad a los principios de buena fe, de forma previa a la dictación de la RCA, libre e informado, en el caso de la CH Doña Alicia defiende que no procede la consulta previa porque no hay afectación concreta, significativa y directa basándose en diversos antecedentes del expediente de evaluación y no únicamente en los informes antropológicos.

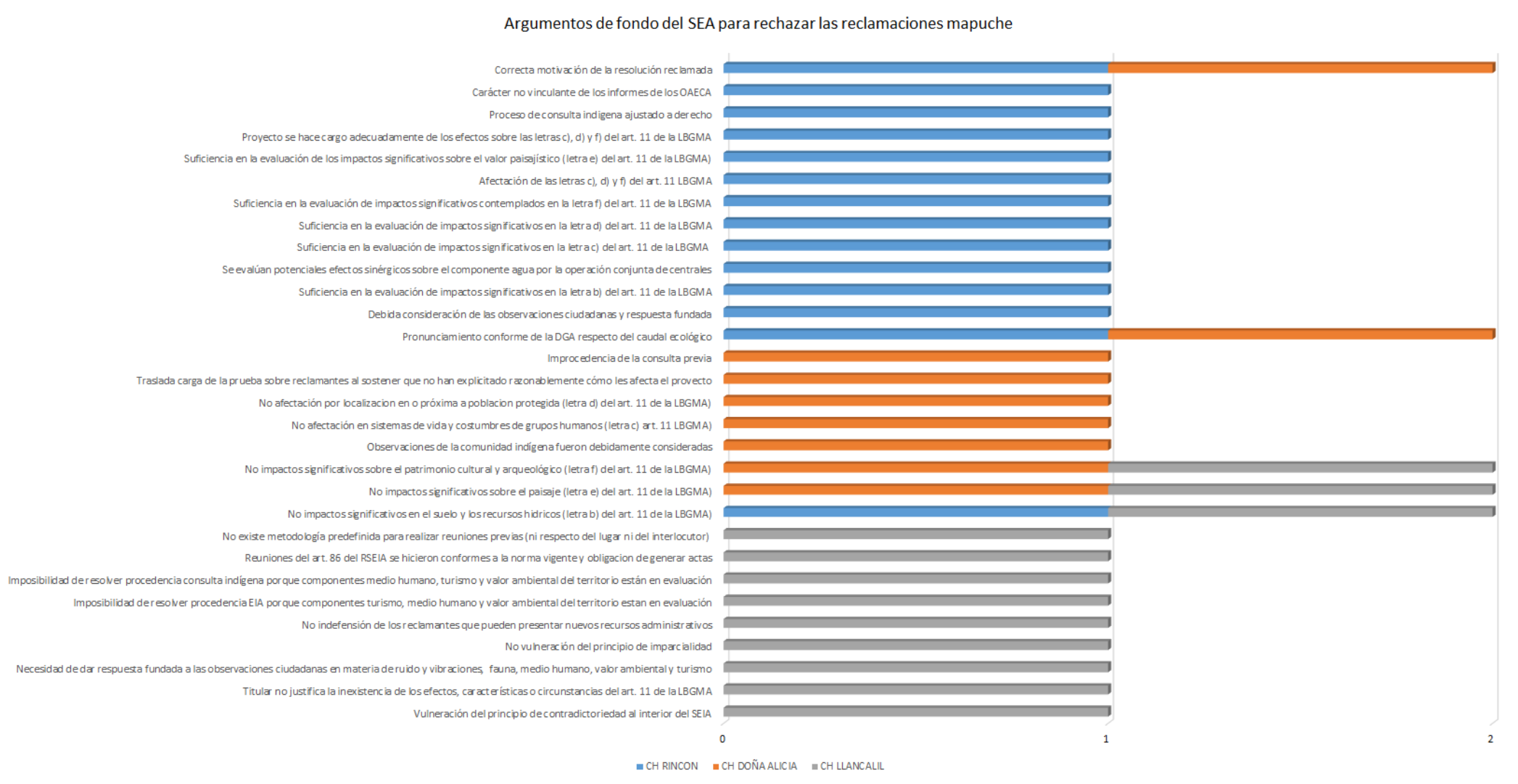
En cuanto a la generación de los efectos, características y circunstancias del art. 11 de la LBGMA, el SEA sostiene que: i) en los casos de las CH Llancalil y CH Rincón no se suscitan impactos significativos sobre los recursos naturales renovables (suelo, recursos hídricos, aire) de la letra b) del art. 11 de la LBGMA; ii) en los casos de la CH Llancalil y CH Doña Alicia no se producen afectaciones del patrimonio arqueológico y cultural (letra f) del art. 11 de la LBGMA), ni alteraciones significativas del valor paisajístico de la zona (letra e) del art. 11 de la LBGMA), mientras que en el caso de la CH Doña Alicia se afirma que no se produce afectación de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (letra c) del art. 11 de la LBGMA) y que el proyecto no se localiza en o próximo a población protegida, ni se altera el valor ambiental del territorio (letra d) del art. 11 de la LBGMA) y en el caso de la CH Llancalil manifiesta que estos dos componentes del medio humano están en evaluación; por el contrario, en el caso de la CH Rincón sí reconoce afectaciones significativas sobre las letras c), d) y f) del art. 11 de la LBGMA, pero resalta que estos tres componentes han sido suficientemente evaluados⁶⁵¹ y se han adoptado medidas de mitigación, reparación y compensación que se hacen cargo adecuadamente de los efectos adversos sobre ellos.

⁶⁵⁰ CH Llancalil.

⁶⁵¹ Igualmente, en el caso de la CH Rincón el SEA defiende la suficiencia de la evaluación de los impactos significativos contemplados en las letras b) (recursos renovables) y e) (valor paisajístico) del art. 11 de la LBGMA.

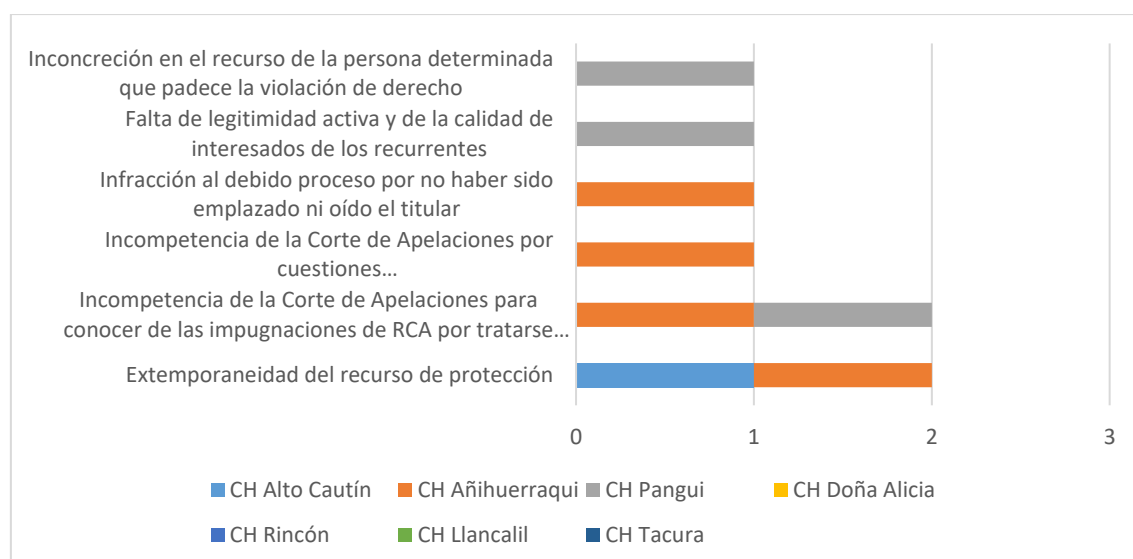
En lo que concierne a los pronunciamientos de los OAECA, el SEA alega que estos no son vinculantes en el caso de la CH Rincón y destaca que en el caso de la CH Doña Alicia el levantamiento de la línea de base del medio humano y del patrimonio fue validada por los OAECA pertinentes que se pronuncian conformes con el proyecto; que en los casos de la CH Doña Alicia y la CH Rincón se ha recogido el pronunciamiento conforme de la DGA con la definición del caudal ecológico, señalando además que sí se realizó en el caso de la CH Rincón una evaluación de los potenciales efectos sinérgicos sobre el recurso hídrico como consecuencia de la operación conjunta de dos centrales hidroeléctricas; y que no existe fraccionamiento del proyecto porque las obras de conexión no forman parte del proyecto de generación (CH Llançalil). Por último, en el caso de la CH Doña Alicia, el SEA traslada la carga de la prueba sobre los recurrentes al sostener que no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental.

Ilustración 38. Argumentos de fondo del SEA para rechazar reclamaciones mapuche en sede ambiental



Respecto a las alegaciones del titular en sede proteccional, en lo que concierne a los argumentos de forma destacan la extemporaneidad del recurso de protección⁶⁵² dado el tiempo transcurrido desde la dictación de la RCA y el momento en que los recurrentes tuvieron conocimiento de los hechos que sostienen que transgreden sus DF; la incompetencia de la Corte de Apelaciones para conocer de las impugnaciones de RCA por tratarse de materias técnicas exclusivas y excluyentes de los Tribunales Ambientales⁶⁵³; la incompetencia de la Corte de Apelaciones por cuestiones relativas al art. 28 de la LTA⁶⁵⁴; la infracción al debido proceso por no haber sido emplazado ni oído el titular⁶⁵⁵; la falta de legitimidad activa y de la calidad de interesados de los recurrentes; y la no concreción en el recurso de la persona determinada que padece la violación de derecho⁶⁵⁶.

Ilustración 39. Argumentos de forma del titular en sede proteccional para oponerse a pretensiones mapuche



En lo que respecta a los argumentos de forma del titular en sede ambiental, destacan la falta de legitimidad activa de los reclamantes para interponer la acción de impugnación por falta de consideración de las observaciones ciudadanas vía art. 17.6 de la LTA al no haber agotado la vía administrativa previa; la incompetencia del Tribunal Ambiental por no haberse agotado la vía administrativa; la vulneración de la legítima

⁶⁵² Casos de la CH Alto Cautín y de la CH Añihuerraqui.

⁶⁵³ Casos de la CH Pangui, CH Añihuerraqui.

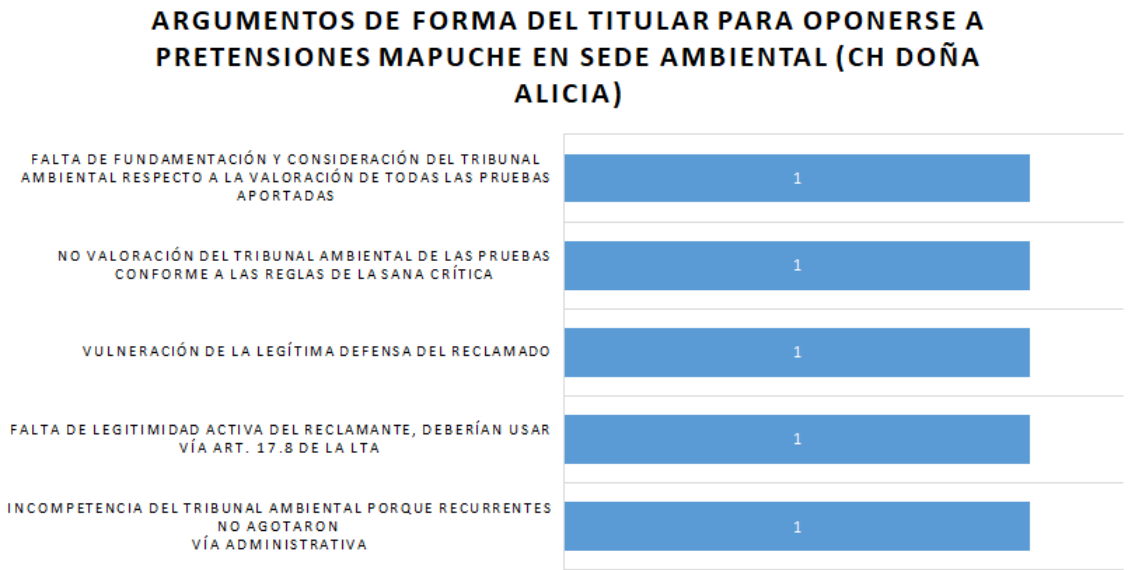
⁶⁵⁴ Caso de la CH Añihuerraqui.

⁶⁵⁵ Caso CH Añihuerraqui.

⁶⁵⁶ CH Pangui.

defensa del reclamado y el titular por abordarse materias que no fueron puestas en su conocimiento en sede administrativa; la no valoración de las pruebas por parte del Tribunal Ambiental conforme a las reglas de la sana crítica y la falta de fundamentación y consideración del Tribunal Ambiental respecto a la valoración de todas las pruebas levantadas, realizando una ponderación errática que conduce a conclusiones erróneas respecto del informe antropológico y el informe de la CONADI⁶⁵⁷.

Ilustración 40. Argumentos de forma del titular con origen en sede ambiental para oponerse a pretensiones mapuche



En cuanto a los argumentos de fondo del titular, en sede proteccional destacan la improcedencia de la consulta indígena ya que el Convenio 169 de la OIT no estaba vigente; la tala de vegetación cuenta con Plan de Manejo Forestal autorizado por la CONAF, no guarda relación con la construcción de la central y no tiene lugar en predios indígenas; y la no vulneración de garantías constitucionales de los recurrentes⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Caso de la CH Doña Alicia, recurso de casación presentado ante la Corte Suprema donde el titular toma parte como coadyuvante.
⁶⁵⁸ Caso CH Alto Cautín.

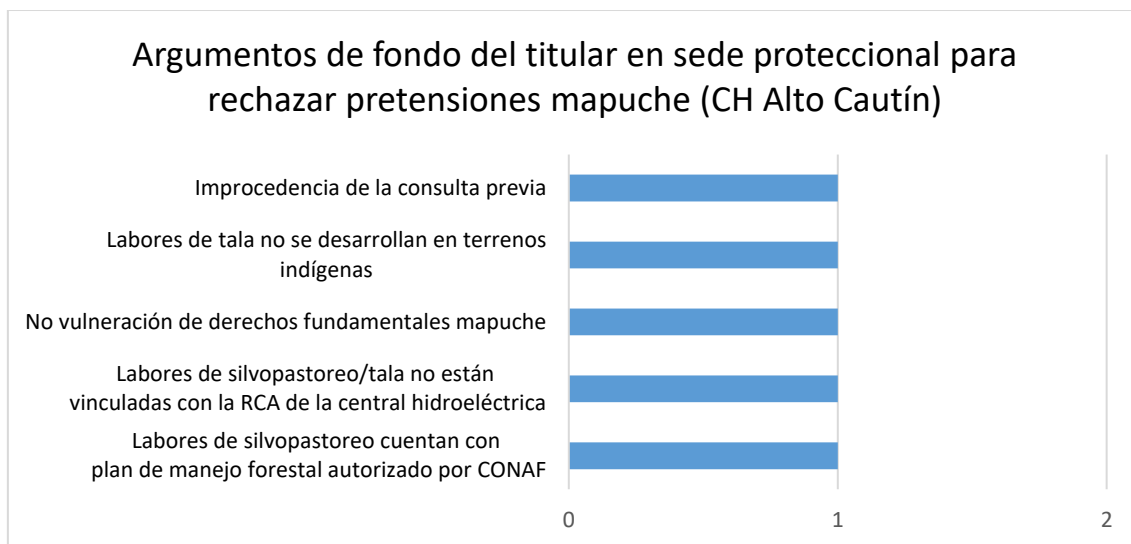


Ilustración 41. Argumentos de fondo del titular en sede proteccional para rechazar pretensiones mapuche

En lo que concierne a los argumentos de fondo en sede ambiental, los titulares sostienen que las comunidades no aportaron antecedentes suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos, las observaciones de la comunidad indígena fueron debidamente consideradas en el proceso de participación ciudadana y se concluyó que no se producían los efectos, características o circunstancias de las letras c), d) y f) del art. 11 de la LBGMA y por tanto no procedía la consulta indígena; el Tribunal Ambiental dicta sentencia ultra petita, en su variante extra petita, porque no solo entra a valorar el contenido y el mérito de los antecedentes aportados, sino que toma en consideración reclamaciones que no habían sido parte de las observaciones ciudadanas en el proceso de evaluación ambiental –falencias metodológicas del informe antropológico del proponente y falta de fundamentación del oficio de la CONADI- y entra a valorar la idoneidad de estos medios de prueba y resuelve la causa en base a ello; el Tribunal Ambiental invierte la carga de la prueba exigiendo a la Administración probar la legalidad de sus propios actos; la vulneración del principio de la razón suficiente porque las falencias del informe antropológico y del informe de la CONADI no alcanzan el mérito suficiente para estimar que no se descartó la afectación adversa sobre población indígena, el Tribunal Ambiental no considera las actas de trabajo y pruebas levantadas por el SEA que crearon convicción en el SEA de que no existen comunidades indígenas dentro del área de influencia del proyecto que pudieran verse afectadas; y

pronunciamientos conformes de la CONADI y otros OAECA que descartan afectaciones significativas sobre las comunidades indígenas⁶⁵⁹.

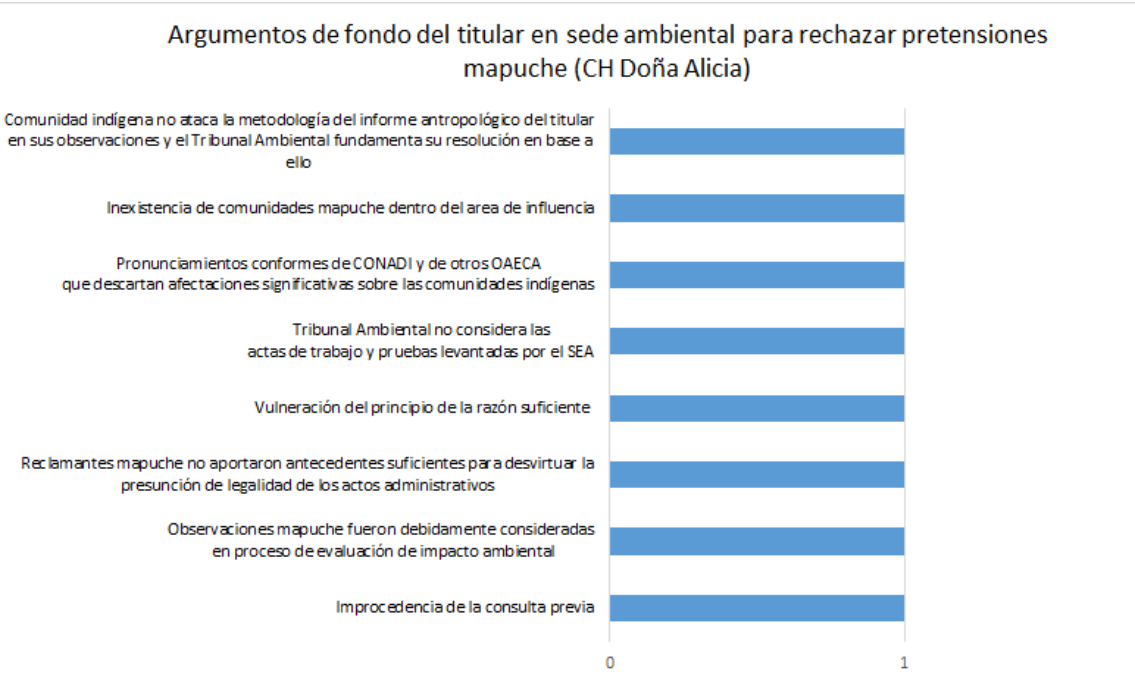
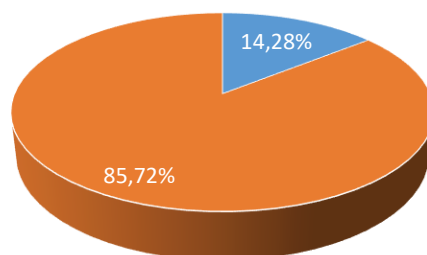


Ilustración 42. Argumentos de fondo del titular en sede ambiental para rechazar pretensiones mapuche

De los 7 casos presentados en sede proteccional, únicamente los tribunales superiores han acogido las pretensiones mapuche en el caso de la CH El Rincón, mientras que en los seis casos restantes los recursos han sido rechazados.

⁶⁵⁹ Caso CH Doña Alicia.

Resultado recursos mapuche contra RCA de proyectos minihidros de La Araucanía en sede proteccional



- Recursos mapuche acogidos en sede proteccional
- Recursos mapuche rechazados en sede proteccional

Ilustración 43. Resultados recursos de protección mapuche. Tasa de éxito: 14,28%

La mayor parte de los rechazos responden a cuestiones de forma como especialidad de la justicia ambiental (CH Añihuerraqui, CH Llancalil), plazo (CH Alto Cautín), objeto de la controversia ya está siendo conocido por otro tribunal (CH Doña Alicia), falta de legitimidad activa (CH Tacura, recurrente carece de personería y no individualiza al recurrido) y no contener peticiones concretas en su petitorio y no señalar cual es el acto u omisión causante de los agravios (CH Tacura).

Razones de forma para el rechazo de recursos mapuche en sede proteccional

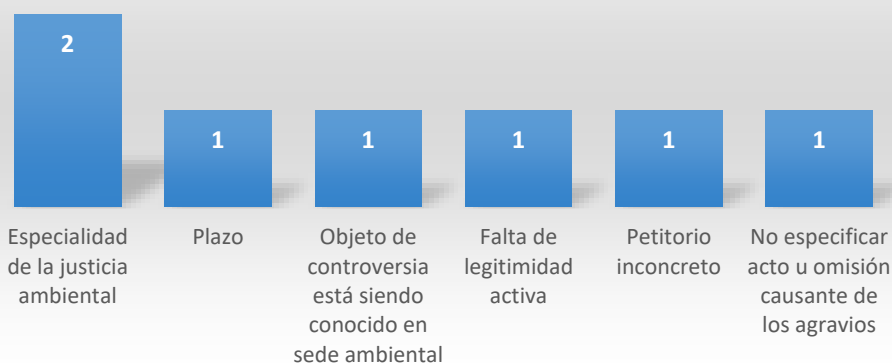


Ilustración 44. Razones de forma para rechazar recursos de protección mapuche

En cuanto a los rechazos por razones de fondo, se encuentra el caso de la CH Pangui en donde el tribunal aplica el principio de presunción de validez y eficacia de los actos administrativos al estimar que los recurrentes no han demostrado de manera razonable y suficiente algún grado de afectación directa del proyecto que pueda constituir una amenaza, perturbación o vulneración de DF y el caso de la CH Tacura donde la Corte considera que no existe relación de causalidad entre la dictación de la RCA y la vulneración o amenaza de garantías constitucionales y la errónea interpretación de la LBGMA de forma que no procede ingresar al SEIA mediante un EIA.

De esta manera, se observa un contraste entre las resoluciones judiciales en los casos Añihuerraqui y Llancalil, donde la Corte dice que ante los medios de prueba de que dispone no se observa la vulneración de un derecho indubitado que amerite la adopción de medidas cautelares urgentes y resuelve que los casos deben ser conocidos en la jurisdicción especial, mientras que en el caso de la CH El Rincón decide en aplicación de los principios de inexcusabilidad, preventivo y precautorio acoger el recurso de protección y adoptar una orden de no innovar mientras no se resuelvan los procedimientos administrativos de invalidación y el recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental, abriendo así la posibilidad de erigirse en un precedente que permita una protección más garantista de los DF indígenas en casos donde existe una apariencia de que las medidas propuestas por el titular no se hagan cargo apropiadamente de los impactos ambientales que generan (de alguna forma enlaza y da continuidad a lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental en el caso Doña Alicia).

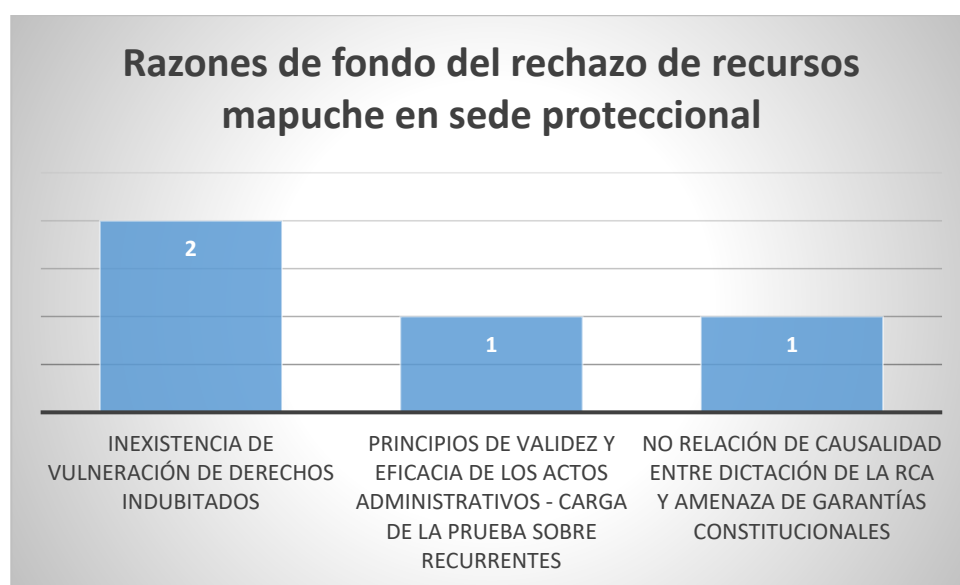


Ilustración 45. Razones de fondo para el rechazo de recursos de protección mapuche

En la jurisdicción ambiental, en cambio, se han acogido las pretensiones mapuche en los casos de Doña Alicia (en aplicación del principio precautorio del derecho ambiental) y Llançalil (en aplicación de los principios de congruencia, bilateralidad e imparcialidad -objetividad y probidad- del derecho administrativo), en ambos casos porque la falta de antecedentes no permiten descartar la generación de impactos significativos en el medio humano (art. 11 de la LBGMA)⁶⁶⁰.

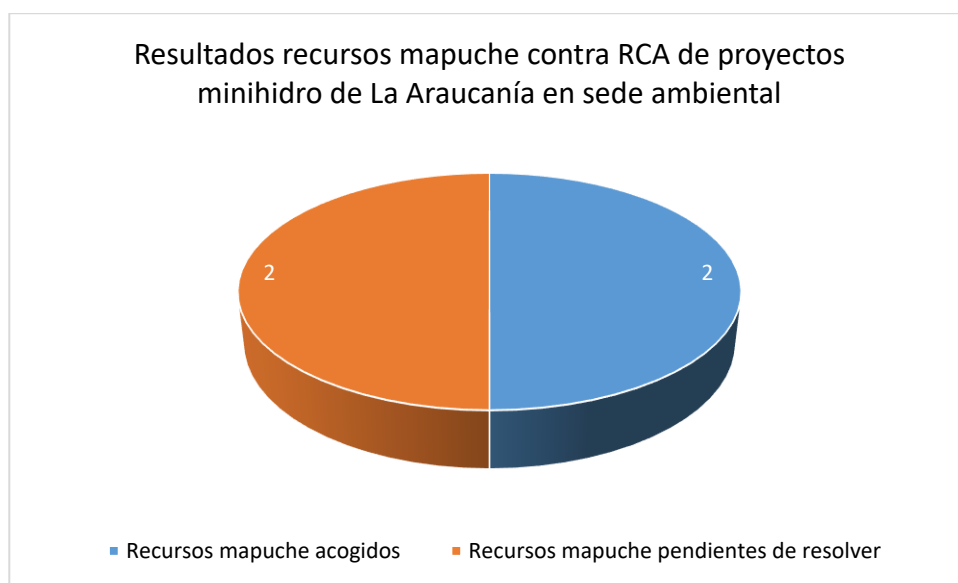


Ilustración 46. Recursos mapuche contra RCA de proyectos minihidro de La Araucanía en sede ambiental. Tasa de éxito: 100% de las causas resueltas por los Tribunales Ambientales

⁶⁶⁰ A fecha de 23 de octubre de 2022, están pendientes de resolverse en sede ambiental los recursos relativos a la CH Hueñivales y CH El Rincón.

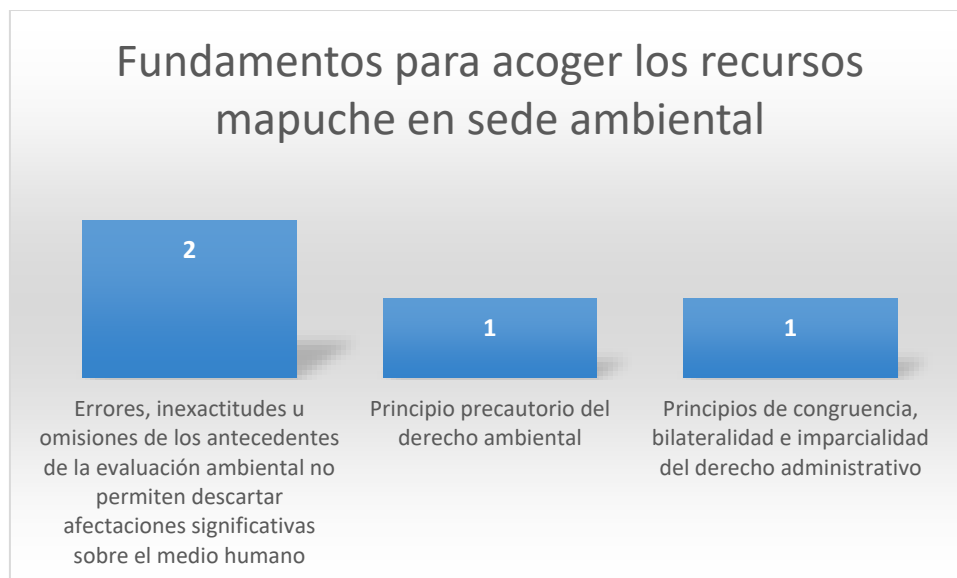


Ilustración 47. Fundamentos para acoger los recursos mapuche contra RCA de proyectos minihidro de La Araucanía en sede ambiental

9.2. Correlaciones de los efectos del litigio mapuche en sentido estrecho.

En cuanto al objetivo secundario de identificar alguna correlación de los efectos del litigio mapuche con categorías como los pronunciamientos de los OAECA, las características de las centrales o la dimensión indígena de los impactos, los resultados han sido contingentes –tal y como ya había vaticinado el profesor Jaccard 2017- y poco concluyentes.

9.2.1. Correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y los pronunciamientos de los OAECA.

En lo que respecta a los pronunciamientos de los OAECA, cuyos oficios no son vinculantes, pero sí obligan a la autoridad ambiental a tomarlos en consideración y darles una respuesta fundada, se observa lo siguiente:

En un primer acercamiento en el que se toman en consideración los pronunciamientos de los OAECA que se estimaban más relevantes a efectos del litigio mapuche y de este estudio (la CONADI, la DGA, la DOH, el CMN/Bienes Nacionales y la Municipalidad), se observa que en algunos casos donde las pretensiones mapuche fueron acogidas por los tribunales se produjo una sinergia entre varios pronunciamientos con observaciones o inconformes respecto del proyecto: la CONADI y la Municipalidad

en el caso de la CH El Rincón y la Municipalidad, la DOH y el CMN en el caso de la CH Doña Alicia. Destaca, asimismo, el caso, de la CH Llancalil donde solo la Municipalidad se manifestó con observaciones. Por otro lado, en cambio, existen otros casos donde los recursos mapuche son rechazados a pesar de que también se produce la misma sinergia entre pronunciamientos disconformes de la CONADI y la Municipalidad con el proyecto y las medidas presentadas por el titular (caso de la CH Añihuerraqui) o existen pronunciamientos inconformes de la CONADI (casos de la CH Tacura y CH Alto Cautín) o de la Municipalidad (CH Panguí).

No obstante, si ampliamos el espectro del análisis al conjunto de todos los pronunciamientos de los OAECA, se da la correlación (seguramente previsible) de que a mayor número de pronunciamientos disconformes con el proyecto, mayores posibilidades de que el proyecto sea finalmente rechazado y las alegaciones mapuche acogidas por los tribunales. Así, los casos donde los recurrentes mapuche han logrado detener el avance de la frontera hidroeléctrica –Doña Alicia, Rincón y Llancalil, cuentan respectivamente con 7, 6 y 3 pronunciamientos con observaciones o inconformes⁶⁶¹. De la muestra en estudio, emerge una categoría que parece ser relevante y que no había sido suficientemente valorada en un principio: los pronunciamientos del SERNATUR, dándose la correlación que en los tres casos en que se ha pronunciado con observaciones al proyecto, finalmente los proyectos han sido rechazados por los tribunales⁶⁶², relevancia que contrariamente a lo pensado inicialmente no tiene el pronunciamiento de la Municipalidad, que se manifiesta con observaciones en seis casos pero solo en dos de ellos los proyectos son rechazados.

En cuanto al universo de casos donde las pretensiones de los recurrentes mapuche no han sido acogidas por los tribunales, coinciden con el menor número de pronunciamientos con observaciones o inconformes de parte de los OAECA: Tacura y Alto Cautín con solo una observación de parte de la CONADI; y Añihuerraqui y Panguí

⁶⁶¹ En el caso de Doña Alicia por parte de la Municipalidad, la DOH, el CMN, el Servicio Nacional de Pesca, Vivienda y Urbanismo, el SERNATUR, y la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura; en el caso de El Rincón por parte de la Municipalidad, la CONADI, la CONAF, la SEREMI de Medio Ambiente, el SERNATUR, y la SEREMI de Salud; y en el caso de Llancalil, por parte de la Municipalidad, el SERNATUR y la SEREMI de Transportes.

⁶⁶² Estos pronunciamientos con observaciones de los OAECA sirven para fundamentar los recursos por parte de los recurrentes mapuche, y en lo que concierne a los oficios del SERNATUR, fueron utilizados por ejemplo en el caso de Llancalil para señalar la incompatibilidad del proyecto con el plan de acción de la ZOIT y concluir que la central suscita afectaciones significativas al componente turístico y paisajístico del Valle Alto del Río Liucura.

con tres pronunciamientos con observaciones cada una (la CONADI, la Municipalidad y la SEREMI de Transporte en el primer caso, y la Municipalidad, la SEREMI de Salud y la SEREMI de Energía en el segundo).

A continuación puede verse Ilustración 48. Pronunciamientos de los OAECA.

	AÑIHUERRAQUI	ALTO CAUTÍN	EL RINCÓN	TACURA	HUEÑIVALES	PANGUI	DOÑA ALICIA	LLANCALIL
CONADI	con observaciones	inconforme	con observaciones	inconforme	conforme	conforme	conforme	conforme
DGA	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme
DOH	conforme	conforme	conforme	no se pronuncia	conforme	conforme	con observaciones	conforme
CMN/BIENES NACIONALES	no se pronuncia	conforme	conforme	conforme	conforme	Conforme	con observaciones	conforme
MUNICIPALIDAD	con observaciones	no se pronuncia	con observaciones	conforme	con observaciones	con observaciones	con observaciones	con observaciones
SERVICIO NACIONAL PESCA	conforme	conforme	conforme	no participa	no participa	conforme	con observaciones	conforme
SERNAGEOMIN	conforme	no participa	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme
SERV. SANITARIOS	conforme	no participa	conforme	conforme	no participa	conforme	conforme	no participa
CONAF	conforme	conforme	con observaciones	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme
DIRECCIÓN VIALIDAD	conforme	no participa	no participa	no participa	conforme	no participa	no se pronuncia	conforme
SAG	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme
SER. AGRICULTURA	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme
SEREMI MEDIO AMBIENTE	conforme	no participa	con observaciones	no participa	conforme	conforme	conforme	conforme
VIVIENDA Y URBANISMO	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	conforme	con observaciones	conforme
SERNATUR	conforme	conforme	con observaciones	conforme	conforme	conforme	con observaciones	con observaciones
SEREMI/SUB. ENERGÍA	conforme	conforme	conforme	conforme	con observaciones	con observaciones	conforme	conforme
SEREMI SALUD	conforme	conforme	con observaciones	conforme	conforme	con observaciones	conforme	conforme
TRANSPORTES	con observaciones	no participa	no participa	no participa	conforme	conforme	no se pronuncia	con observaciones
SEC	no participa	conforme	no participa	conforme	no participa	no participa	no participa	no participa
SUB. PESCA y ACUIC.	conforme	conforme	conforme	no participa	conforme	conforme	con observ.	conforme
MOP	conforme	no participa	no participa	conforme	conforme	no participa	no se pronuncia	no participa

9.2.2. Correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y las características de las minihidros.

En cuanto a las características de las CH y su posible correlación con los efectos del litigio mapuche y la comprensión de sus afectaciones por parte de los tribunales, la identificación de posibles correlaciones ha sido si cabe más difícil. El propósito de este objeto de estudio era corroborar la tesis de Sarah Kelly de que los impactos de las CH van más allá de los MW que genera un proyecto (Kelly-Richards 2019). La Ilustración 48 muestra diferentes categorías de análisis de la descripción de las CH para a continuación analizar los datos recogidos a la luz de los resultados cosechados en los tribunales.

Así la categoría tamaño de la CH, no se correlaciona directamente con los resultados cosechados por la movilización legal en los tribunales. En los tres casos victoriosos el tamaño de las centrales oscila entre la potencia instalada más grande (CH Rincón con 11 MW) y otras minicentrales con potencias menores (casos de Doña Alicia con 6,3 MW y Llançalil con 6,9 MW). Lo mismo sucede con los recursos rechazados donde las centrales tienen una capacidad de 5.87 MW (CH Tacura), 6 MW (CH Alto Cautín) y 9 MW (CH Añihuerraqui y CH Pangui).

En cuanto a la categoría embalse/almacenamiento, se observa que si bien ha sido objeto de controversia en los recursos de protección presentados⁶⁶³, tampoco es un elemento decisivo en las consideraciones de los tribunales. Existen minicentrales que pese a llamarse de pasada reconocen existencia de embalse y almacenamiento de agua (por ejemplo, CH Doña Alicia), y otras donde el titular sostiene que no tienen embalse pero que en la práctica debido a la barrera transversal de la bocatoma para peraltar el nivel del agua y al reducido caudal ecológico que consideran también ocasionan un remanso de escurrimiento y estancamiento de las aguas, lo que no permite equipararlas al modelo *runoff* de la nomenclatura inglesa (tal y como explican Muñoz 2014; Tohá 2017; Hernando-Arrese 2022). Entre los recursos relativos a centrales que refieren contemplar un embalse, el deducido contra la CH Hueñivales está pendiente de resolución por el tribunal, el de la CH Doña Alicia fue acogido parcialmente, y el de la CH Pangui

⁶⁶³ Por ejemplo, en el caso Llançalil se rebate en el informe antropológico presentado por los recurrentes que el embalse de cola de la bocatoma Llançalil no provoque ninguna alteración por inundación de los terrenos próximos aduciendo que en realidad el titular habría calculado erróneamente el cambio en el nivel de agua y se produciría un riesgo de inundación de un área de 4 ha donde se encuentra un predio mapuche. También en el caso de la CH Rincón, los coadyuvantes mapuche apoyaron el recurso del Alcalde de Melipeuco que había confrontado el discurso de *greening* del proponente al sostener que al producirse estancamiento de las aguas se generan GEI.

rechazado. En lo que concierne a los recursos interpuestos contra centrales que dicen no operar mediante un embalse pero de todas maneras ocasionan una zona de embalsamiento de las aguas, encontramos recursos que fueron acogidos (CH Llancalil y CH Rincón) y otros que fueron rechazados (CH Añihuerraqui, CH Alto Cautín y CH Tacura).

En cuanto a la tipología de la barrera se observa que los tres recursos acogidos guardan correlación con barreras móviles (CH Doña Alicia, CH Llancalil y CH Rincón)⁶⁶⁴, mientras que los recursos asociados a barreras mixtas (CH Alto Cautín, CH Pangui)⁶⁶⁵ o fijas (CH Tacura) habrían sido rechazados. Respecto de la longitud de las barreras, no se observa ninguna correlación en cuanto al resultado del litigio, encontrándose longitudes análogas entre los recursos acogidos y no acogidos por los tribunales.

Otra categoría que ha sido materia de controversia en los tribunales por parte de recurrentes mapuche es la relativa a la delimitación, idoneidad y/o insuficiencia del caudal ecológico de la CH (CH Llancalil, CH Pangui, CH El Rincón, CH Alto Cautín)⁶⁶⁶, denunciándose los efectos que tiene la significativa reducción del caudal del río respecto de la vegetación nativa y *lawen* (CH Doña Alicia, CH Rincón, CH Tacura, CH Añihuerraqui), el valor paisajístico (CH Llancalil, CH Alto Cautín, CH Pangui), la biota (CH Llancalil, CH Alto Cautín), los ecosistemas (CH Alto Cautín), los usos domésticos y recreacionales del río (CH Llancalil, CH Doña Alicia, CH Alto Cautín), la agricultura (CH Pangui, CH Doña Alicia, CH Hueñivales), el turismo (CH Rincón, CH Pangui), la pesca (CH Rincón), la composición físico química del agua (CH Alto Cautín) y los usos

⁶⁶⁴ Si bien la barrera de la CH Añihuerraqui es móvil el recurso habría sido rechazado. En el recurso de reclamación contra la CH El Rincón, los recurrentes mapuche argumentaron que el impacto de la barrera móvil transversal en la componente agua no fue debidamente evaluado, ni se establecieron medidas que se hicieran adecuadamente cargo de sus impactos porque genera embalsamiento del agua y fragmentación de hábitat, lo que constituye una de las principales amenazas para especies endémicas en categoría de conservación.

⁶⁶⁵ La barrera de la CH Hueñivales es mixta pero el recurso aún está pendiente de resolución.

⁶⁶⁶ En el caso de la CH Llancalil los recurrentes mapuche denuncian que se calcula el caudal ecológico a partir de datos hidrológicos antiguos, que en la actualidad serían diferentes como consecuencia de los efectos del cambio climático así como la incongruencia de la autoridad ambiental al afirmar primero que falta información sobre el medio humano y a continuación sostener que el caudal ambiental fue definido correctamente. Los recurrentes hablan de engaños de la empresa respecto de la pluviosidad y el caudal del río Liucura. También en el caso de la CH Pangui los recurrentes defienden la determinación insuficiente del caudal ecológico si se considera el caudal promedio del río Pangui y la sequía/crisis hídrica estival. En el caso de la CH el Rincón, los recurrentes mapuche atacan la falta de fundamentación técnica, la idoneidad y suficiencia de la medida de mitigación del titular consistente en aumentar el caudal ecológico de 10,34 a 11 m³/s por carecer de toda justificación y no permitir mitigar las complicaciones en relación a la celebración de ceremonias y actividades culturales. En el caso de la CH Alto Cautín denuncian que la central interviene un 90% del río.

culturales del territorio y el agua (CH Doña Alicia, CH Alto Cautín, CH Tacura, CH Panguí, CH Rincón).

Si bien cuestiones relativas al caudal ecológico han sido clave en la resolución de los tribunales (caso CH Rincón)⁶⁶⁷, no existe una correlación entre un mayor porcentaje del caudal intervenido, mayores afectaciones y en consecuencia mayor susceptibilidad de que los recursos sean acogidos por los tribunales. De hecho, la CH el Rincón presenta el porcentaje de río intervenido más bajo (77%) y es uno de los casos donde el recurso mapuche es acogido, mientras que Doña Alicia presenta el tercer porcentaje de caudal intervenido más bajo (83,28%) y el recurso de reclamación también fue acogido. En sentido contrario, en cambio, los recursos concernientes a algunas de las centrales con los porcentajes de caudal intervenido más elevados como las CH Tacura (93.8%), Añihuerraqui (91.5%) y Panguí (89.17%)⁶⁶⁸ habrían sido rechazados.

En cuanto a la categoría fragmentación del río y la distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas (longitud de las tuberías de aducción+penstock+canal de restitución) tampoco se encuentra una correlación con los resultados del litigio. Los recursos acogidos por los tribunales responden a unos valores medianos de la categoría “distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas”: 2,5 kms en el caso de la CH El Rincón; 2,9 kms en el caso de la CH Doña Alicia y 2, 57 y 3,40 kms en el caso de la CH Llancalil. En cambio, entre los recursos rechazados, se encuentran valores bastante alejados de la media: casos de la CH Tacura (algo más de 1 km), CH Alto Cautín (casi 2 kms), y CH Panguí (7,8 km), mientras que solo en el caso de la CH Añihuerraqui (3,054 Km) se habría rechazado el recurso con un valor cercano a la media.

Sin embargo, los recursos mapuche han incorporado en las fundamentaciones de sus reclamos cuestiones relativas a la ubicación y los efectos de la construcción de las tuberías. En el caso de Llancalil referido a las afectaciones a actividades turísticas, deforestación y pérdida de bosque nativo y *lawen*; en el caso de la CH Panguí, por la alteración de los sistemas de vida y costumbres, ya que el trazado de las tuberías comporta

⁶⁶⁷ En el caso de la CH El Rincón, el tribunal acoge el recurso mapuche en base a que las medidas propuestas por el titular (monitoreo y aumento del caudal ecológico) no son idóneas ni suficientes para mitigar las complicaciones en el desarrollo de ceremonias y actividades culturales propias de las comunidades mapuche y garantizar la restitución de un caudal constante y no se sostienen en antecedentes técnicos y antropológicos.

⁶⁶⁸ La CH Llancalil presenta una intervención del caudal del 91.7% en la bocatoma Llancalil y del 90,2% en la bocatoma Liucura y su recurso fue acogido por los tribunales, mientras que el recurso de protección en el caso de la CH Alto Cautín que presenta una intervención del caudal del 87,52% fue rechazado.

una franja cercada que se erige en barrera para el acceso a pozos y vertientes, principales fuentes de recolección de aguas; en el caso de la CH Añihuerraqui, por el emplazamiento de las tuberías en cerros sagrados que son parte de un título de merced de la comunidad indígena y por la falta de idoneidad y suficiencia de las medidas de mitigación del titular (trazado de la tubería en antiguo camino maderero como alternativa a la perforación del cerro, mimetización de las tuberías mediante cortina de árboles y pintura del mismo color que el entorno) que no sirven para evitar o minimizar los efectos adversos significativos sobre la cultura y religiosidad de la comunidad y el *lof* afectados.

En cuanto a la categoría salto o caída neta (diferencia de cota entre punto de captación y restitución) no se observa una correlación con las resoluciones de los tribunales en base a los impactos que pueda generar, de forma que se encuentran valores análogos en casos donde los recursos han sido tanto acogidos como rechazados. Así, entre los casos acogidos encontramos unas diferencias de cota de 111 m.s.n.m (CH Llancalil), 38,6 m.s.n.m. (CH Doña Alicia) y 35 m.s.n.m. (CH El Rincón), mientras que entre los casos rechazados los valores son de 448 m.s.n.m. (CH Añihuerraqui), 191 m.s.n.m. (CH Pangui), 167 m.s.n.m. (CH Tacura) y 34 m.s.n.m. (CH Alto Cautín).

En cuanto a la categoría tala de bosque nativo, para el que se requiere el PAS del art. 102 del D.S. 95/2001 o art. 148 del RSEIA, se observa cierta correlación entre una mayor superficie de intervención de bosque nativo y las resoluciones de los tribunales que acogen los recursos mapuche. Los casos de las CH Llancalil (4,02 ha) y Doña Alicia (7 ha), que fueron acogidos por los tribunales, presentan los dos valores más elevados de corta de bosque nativo. En cambio, la falta de intervención de bosque nativo o valores más bajos de esta intervención se correlacionan con resoluciones de los tribunales que rechazan los recursos mapuche, como en los casos de la CH Tacura y CH Alto Cautín⁶⁶⁹ (donde no se afecta bosque nativo), CH Añihuerraqui (1,6 ha) y CH Pangui (3,72 ha), siendo el caso de la CH El Rincón una excepción a esta tendencia ya que presenta una intervención de bosque nativo de 0,62 ha y sin embargo el recurso fue acogido por los tribunales.

⁶⁶⁹ Si bien el titular aduce que el proyecto CH Alto Cautín no interviene bosque ni especies nativas, la movilización legal se desató por medio de una ocupación de los predios afectados por la corta de árboles con significancia cultural desde el momento en que las comunidades mapuche de Curacautín tuvieron conocimiento de los hechos.

La corta y afectación de bosque nativo y *lawen* en territorio indígena ha formado parte de los fundamentos de los reclamos mapuche ante los tribunales en los casos de la CH Doña Alicia, CH Rincón, CH Añihuerraqui, CH Llancalil (sobre todo tala de coihues y pellines) y CH Alto Cautín, donde los recurrentes denuncian que la intervención de bosque nativo ha sido omitida por el titular en la DIA y sin embargo habría procedido a la tala ilegal de árboles nativos al no disponer de la autorización correspondiente, involucrando incluso la tala de la especie tepa, en categoría de conservación⁶⁷⁰. En ocasiones, los recursos mapuche vinculan explícitamente la pérdida o afectación de estas especies nativas con afectaciones significativas a creencias y prácticas ancestrales de carácter espiritual y medicinal no reconocidas suficientemente por el titular o aluden a la falta de idoneidad de las medidas de mitigación, reparación o compensación propuestas (por ejemplo, construcción de viveros en los casos de la CH Rincón y la CH Añihuerraqui).

En cuanto a la categoría extensión requerida para el cambio de usos del suelo (PAS 96 del D.S. 95/2001 o del art. 160 del RSEIA), se hace difícil identificar alguna correlación entre la superficie del cambio de usos de suelo requerida por los proyectos para construir la sala de máquinas en áreas rurales y los resultados de los recursos, ya que indistintamente de que los recursos hayan sido acogidos o rechazados, casi todas los proyectos se mueven en una orquilla bastante similar: 0,02 ha en los casos de la CH Añihuerraqui y CH Alto Cautín, 0,15 en la CH Tacura y 0,5 ha en la CH Pangui (casos rechazados) y 0,03 ha en la CH Llancalil y 0,25 en la CH Alto Cautín (casos acogidos). Únicamente el caso de la CH El Rincón (recurso acogido) se aleja considerablemente de la mediana al requerir una superficie de cambio de usos de suelo de 2,6 ha.

En cuanto a la categoría inversión, de donde podría inferirse mayores presiones políticas para que los proyectos sean aprobados por el monto de dinero de los inversores que pudiera estar en riesgo en caso de que la judicialización se erigiera en una barrera insuperable para la ejecución de los proyectos, se observa cierta correlación inversa a lo que cabría esperar: en las dos centrales con una inversión más elevada (CH El Rincón y CH Llancalil, con 24 y 23 millones de dólares respectivamente) los recursos mapuche fueron acogidos, mientras que en los casos de las centrales con inversiones más reducidas, CH Tacura (7 millones de dólares) y CH Alto Cautín (8,8 millones de dólares) los

⁶⁷⁰ Respecto de esta cuestión, el tribunal resolvió que corresponde a los recurrentes interponer las denuncias pertinentes respecto de la tala ilegal de bosque nativo ante la CONAF.

recursos habrían sido rechazados. Otros casos con inversiones más próximas a la mediana fueron en ocasiones rechazados (CH Añihuerraqui, con 22 millones de dólares y CH Pangui con 20,8 millones de dólares) y otras veces acogidos (caso de la CH Doña Alicia con 19 millones de dólares).

En cuanto a la categoría tipología y número de turbinas, se observa que los tres casos cuyos recursos fueron acogidos guardan correlación con turbinas tipo Francis (dos turbinas en el caso de la CH Llancalil y CH Rincón, y una turbina en el caso de la CH Doña Alicia). Sin embargo, en el caso de la CH Alto Cautín, también con dos turbinas tipo Francis, el recurso fue rechazado por los tribunales. En sentido contrario, los tres casos que presentan turbina tipo Pelton guardan correlación con el rechazo de los recursos por los tribunales (CH Añihuerraqui con una turbina tipo Pelton, CH Tacura con dos turbinas tipo Pelton y CH Pangui con una turbina tipo Francis y una turbina tipo Pelton).

En cuanto a la categoría existencia y longitud de las líneas de transmisión, hay que tomar en cuenta que algunos proyectos contemplan la construcción de una línea pero ésta no forma parte del proyecto sometido a evaluación ambiental con la central (caso de la CH Alto Cautín, que contempla la construcción de una línea de 23 Kv que conecta la energía generada por la central con la red de distribución local, y de la CH Tacura que considera la construcción de una línea de 66 kv de 100 km). En los casos que incorporan una línea de baja tensión (de 60 m en caso de la CH El Rincón y de 30 m en el caso de la CH Doña Alicia) se observa una correlación con los recursos mapuche acogidos por los tribunales, mientras que en los casos que presentan una línea de media tensión (de 75 m en el caso de la CH Llancalil, de 744 m en el caso de la CH Añihuerraqui y de 1 km en el caso de la CH Pangui) se observa una correlación con los recursos que fueron rechazados.

En cuanto a la categoría superficie total intervenida por el proyecto, tomando en consideración tanto las obras temporales como permanentes del proyecto, no se observa ninguna correlación entre la extensión de la superficie afectada por la construcción y operación del proyecto y los resultados de los recursos deducidos. Así entre los recursos acogidos, encontramos los casos de la CH Llancalil, CH Doña Alicia y CH Rincón, con intervenciones grandes, medianas y pequeñas en lo que concierne a las extensiones de terreno afectadas (respectivamente, 24,82 ha, 12,91 ha y 4,62 ha); de manera análoga, entre los recursos rechazados por los tribunales encontramos los casos de las CH Pangui,

CH Alto Cautín, CH Añihuerraqui y CH Tacura, con intervenciones de 17,6 ha, 15 ha, 2.23 ha y 2,17 ha.

A continuación puede verse la Ilustración 49. Categorías descripción centrales hidroeléctricas.

NOMBRE CH	CH AÑIHUERRAQUI	ALTO CAUTÍN	CH TACURA	CH EL RINCÓN	CH HUEÑIVALES	CH PANGUI	CH DOÑA ALICIA	CH LLANCAUL
INSTRUMENTO DE INGRESO	EIA	DIA	DIA	EIA	EIA	DIA	EIA	DIA
POTENCIA MW	9	6	5,87	11	15	9	6,3	6,9
EMBALSE/ALMACENAMIENTO (ha)	No, pero genera un remanso de escurrimiento de 1.302,26 m3, abarcando un área de 0,165 ha, en un tramo de aproximadamente 50 m de longitud	No	No	No (alcalde dice que se produce estancamiento de las aguas; Seremi de Medio Ambiente lo que conlleva la generación de un área de embalsamiento y la disminución drástica del caudal circulante en el tramo entre la captación y restitución)	Sí, 3,19 ha (ICE)	Sí, 0,84 ha (DOH), (280 m de largo por 25-30 de ancho)	Sí, 1,3 ha (se habla de una bocatoma que en realidad es un embalse menor que inunda aproximadamente 15.000 m2)	No (embalses de cola que no inundan según titular)
Longitud muro/barrera de la bocatoma (m)	Barrera móvil de 18 m. (altura máxima de 2,44 m medida desde el lecho y 3,5 m de ancho).	Barrera fija de 36 m de longitud para peraltar el nivel del agua y una barrera móvil con dos compuertas deslizadoras, que permitirá la limpieza de las gravas y piedras que se acumulen en la entrada del canal de aducción (de 2,58 cada una). La captación contemplará la intervención del cauce a todo el ancho.	Barrera fija de 17,2 m	Barrera móvil de 26,4 m (cuatro compuertas radiales de 6,0 metros de ancho cada una y 4 machones de 1,6 metros)	35,50 m (28,50m) Barrera mixta: barrera móvil con cuatro 4 compuertas de sector de 6,0 m de ancho y 6,3 m de alto y separadas por machones de 1,5 m de ancho.	La barrera fija y la compuerta móvil tendrán un ancho de 20 m	25 m. (barrera móvil compuesta por 5 compuertas tipo Talinor de accionamiento radial de 4 metros de anchura separada por machones de 1 m de ancho)	Bocatoma Liucura: longitud 15 m / Bocatoma Llancallí barrera móvil tiene un solo paño con un largo de 11,8 m
Turbinas	Una turbina Pelton	Dos turbinas tipo Francis de eje vertical	Dos turbinas tipo Pelton	Dos turbinas tipo "Francis"	Dos turbinas tipo Francis eje vertical	1 tipo Francis, 1 Tipo Pelton	Una turbina tipo Francis	Dos turbinas tipo Francis para la generación de energía con un caudal de diseño de 3,85 m3/s cada una.
Destino Energía	SIC por medio de la red de distribución local de 23 kV existente	SIC por medio de red de distribución local (que no forma parte del proyecto)	SIC, proyectos por separado (ICE), se considera una etapa de construcción de 30 meses, construcción de la central propiamente tal, y la construcción de la Red de Alta Tensión para conectividad con el SIC		SIC	SIC, PMGO, lo que le permite evacuar la electricidad directamente en las redes de distribución de electricidad, mejorando el abastecimiento local y seguridad de suministro en los pueblos aledaños.	SIC. El alimentador Curacautín – Lonquimay, es el más próximo a la central, el cual nace de la Subestación primaria Curacautín. El alimentador Curacautín–Lonquimay posee niveles de tensión en 23 kV y 13,2 kV. Para ello la empresa suministradora eléctrica de la zona (SAESA) se encargará de desdoblar la línea desde el punto de conexión de la CH Doña Alicia hasta Curacautín, validando con La Vialidad de la Municipalidad. Cabe destacar que, al ser una línea con capacidad menor de 23 kV, no es objeto de la tramitación global de este proyecto	SIC mediante el sistema/red de distribución local de 23 kV ubicada en la zona del proyecto: el proyecto considera la construcción de 75 m de línea eléctrica de media tensión (23 kV) entre la casa de máquinas y la red de distribución existente (también de 23 kV) ubicado en el camino público de Huélf Alto. Las características de esta línea son similares a las preexistentes en la zona, postes de hormigón de 18 m y una faja de seguridad con un ancho de 10 m en la cual no pueden existir construcciones ni árboles cuya altura de copa deje una distancia menor a 5 m del conductor. Aparte de los 75 m de conexión a la red existente el proyecto sujeto a aprobación ambiental no considera una nueva línea de transición eléctrica.
Línea de transmisión	Línea de transmisión de 744 m de longitud, que permitirá inyectar la electricidad al SIC por medio de la red de distribución local de 23 kV existente; distancia mínima entre postes y el Eltuwe identificado será de 30 m por lo que se definió el trazado de la línea de transmisión y la ubicación de los postes de manera que se minimizara la cercanía de estas obras con este sitio	Instalación de una subestación unitaria que transforme la tensión de generación, de 3 kV, en la tensión de transmisión que será de 23 kV. La superficie involucrada en este paño es de aproximadamente 200 m2. Desde este transformador partirá la línea de 23 kV, que conectará con el sistema de distribución local. Esta línea no forma parte de la DIA, y considerando lo establecido en el artículo 3.b del D.S. 95/01 MINSEGPRES, ésta no requiere ser ingresada al SEIA. El trazado de la línea irá por terreno despejado, en dirección Sur a Norte, siguiendo el deslinde del predio, hasta llegar a la carretera pública Curacautín a Conguillío. Luego seguirá en línea recta hacia el Norte hasta conectar con la línea de 23 kV existente en el camino internacional Curacautín - Lonquimay	Se considera la construcción de una línea de 66kV para conectar las Centrales al SIC, a través del Nudo de Temuco. La distancia de la red a construir desde la central al nodo de conexión corresponde a 100 kilómetros aproximadamente. Con respecto a la construcción de la Red eléctrica se realizará una vez aprobado el proyecto de la central y aprobado el proyecto de la red, ya que, ésta se presentará a la COREMA de la Novena Región como un proyecto totalmente independiente de las centrales de pasada, por lo que contará con su respectiva RCA.	Se conecta a la Línea de Transmisión de 110 kV en postes de hormigón que se construirá entre Freire-Melipeuco. Esta obra fue aprobada la Res. Ex. N° 127, de 4 de octubre de 2011, emitida por la COEVA de la Región de La Araucanía. La subestación de subida a la línea de 110 kV, se emplaza a 30 m de la casa de máquinas, y se ubica en el mismo Lote (Lote A-1-A, propiedad Rol: 306-252), propiedad de Ingeniería y Construcción Madrid S.A. Esta conexión corresponde a una línea de 60 m. El trazado de esta conexión no corresponde a una línea de transmisión, sino a una conexión en baja tensión, ya que va desde el patio de la casa de máquinas donde la tensión será 13 kV o 23 kV al transformador de 23 kV/110 kV que se emplaza en la subestación.	Entregar en 23kV por medio de una línea de Salida trifásica de 1040 m, que conectará con una Línea de Transmisión. Esta última será de propiedad de otro Titular y no forma parte del Proyecto. La energía eléctrica generada será entregada al SIC, mediante su conexión con la Subestación Seccionadora de Curacautín (Pertenece a TRANSNET), por medio de una línea de 23 kV; esta línea no es parte de las obras del presente Proyecto, dado que la definición de su trazado estará a cargo de terceros los cuales son los encargados de la distribución de energía eléctrica en la zona. Con el fin de dar factibilidad técnica de la salida de la energía generada por la Central Hueñivales, el titular ha considerado una línea de salida, desde la subestación elevadora de la Central hasta Ruta-251, con una extensión de 104 m. La línea de salida está compuesta por un circuito simple de 23 kV que permitirá la evacuación de energía desde la subestación elevadora 6,3/ 23 kV Central Hueñivales, hasta el futuro empalme con la línea de distribución a cargo de terceros.	La energía generada por la central se entregará al SIC a través de una línea de transmisión en Media Tensión, 23 kV, montada sobre postes de hormigón de 18 m que irá paralela al camino de construcción de la tubería en presión. La línea tendrá una longitud aproximada de 1 km para conectarse en un punto de la red de distribución local de propiedad de CGE Distribución. Para la construcción de esta línea se utilizará el mismo camino de servidumbre que debe hacerse para la construcción y montaje de la tubería en presión.	El alimentador o línea de transmisión a utilizar es Curacautín – Lonquimay, nace de la Subestación primaria Curacautín y posee niveles de tensión en 23 kV - 13,2 kV, por lo que no son parte de la evaluación ambiental de este proyecto, pero si una línea de 30 metros de baja tensión que nace en la casa de máquinas. La conexión desde el transformador de la CH Doña Alicia hasta la línea Curacautín –Lonquimay explotada por SAESA, se realizará con un línea de corta distancia ya que la Central se encuentra en frente de la carretera por donde pasa la línea Curacautín – Lonquimay.	Considera la construcción de 75 m de línea eléctrica de media tensión (23 kV) entre la casa de máquinas y la red de distribución local existente (también de 23 kV) ubicado en el camino público de Huélf Alto. Las características de esta línea son similares a las de las líneas preexistentes en la zona, postes de hormigón de 18 m y una faja de seguridad con un ancho de 10 m en la cual no pueden existir construcciones ni árboles cuya altura de copa deje una distancia menor a 5 m del conductor. Aparte de los 75 m de conexión a la red existente el proyecto sujeto a aprobación ambiental no considera una nueva línea de transición eléctrica.
DISTANCIA CAPTACION -RESTITUCIÓN	3.054 m	casi 2 kms	algo mas de 1 km	2,5	alrededor de 2 Km en el sector	7,8 Xms	2,9 kms	3,40 río Licura, 2,57 río Llancallí
CANAL DE ADUCCIÓN	205	2,2 km	1,476 subterráneo (Ampliación: al trazado originalmente aprobado (1.476 metros), se le adicionan 720 metros por la tubería de aducción Tacura, y 255 metros por el canal de aducción Lautaro)	1050	2860	una tubería en baja presión de 2.904 m (5900 m?)	1.812	Liucura 3.301 m, Llancallí 1.264 m
Longitud Cámara de carga	9,5	574 m	16,82	30	110,2	no tiene, tiene chimenea	73,8	95 m
Longitud Tuberías de Presión	2.428	720 m	410 subterráneo y superficial por tramos	1560	143	2.784	573,11	300 m
CANAL DE RESTITUCIÓN	125	?	10	60	82	?	33	26 m
CAUDAL DE DISEÑO m3/s	cantidad máxima de 2,5	24	4,29 (modificación: se aumenta a 4,7 m3/s: segregados en 3,95 m3/s en la aducción Tacura y 0,75 m3/s en la aducción Lautaro) / ampliación entre 0.235m3/seg y 0.332 m3/seg al río Tacura y entre 0.068m3/seg y 0.048m3/seg al estero Lautaro. se mantendrá el compromiso vigente de 400 l/s en época estival y de 283 l/s para el resto del año, éstos se distribuirán en los cauces aportantes Tacura y Lautaro, en proporcionalidad a su caudal medio anual	38	60	6,3	18,56	4,2 m3/s Llancallí / 3, 5 m3/s Licura
Caudal ecológico m3/s	0,23325	3,42	0,283	10,34-luego 11	12,76	0,765 l/s+210 para que empiece a operar	3,725 (promedio)	bocatoma Llancallí promedio 0.38;bocatoma Liucura 0.33
Caudal Ambiental m3/s	0,259	?	?	?	12,78	0,765 habla de caudal ambiental indistintamente con caudal ecológico	?	?
Porcentaje río intervenido (%)	91.50%	87,52 (cercana al 90%)	93.8%	77,55%	82,46%	89,17% (92-98%)	83,28%	91.7% bocatoma Llancallí; 90,2% bocatoma Liucura
SALTO NETO	desnivel de 450 m , caída bruta 459 m (bocatoma ubicada en la cota 871 msnm y la restitución en la cota 423 msnm)	34	163 - 167 (diferencia 808 msnm captación - 641 msnm restitución) / Ampliación 844 m.s.n.m -641 m.s.n.m.=190,1 m.	35 m (diferencia de cotas entre el nivel del agua en el sitio de captación y el nivel de su punto de descarga).	34,76 (bocatoma 512,21 msnm - descarga 477,45 msnm)	bocatoma 609.0 msnm - casa de máquinas 418 msnm=191	38,697	111 (diferencia 760 msnm bocatoma - 649 msnm canal de restitución)
MODELO CENTRAL (COUTO Y OLDEN)								
INVERSIÓN MILLONES US\$	22 millones	8,8 MM	7.2	24 MM	47,5 Millones de Dólares	20,8 millones	19 MM	23 MM
FAJA, Tala bosque nativo (PAS art. 102 DS 95/2001, art. 148 RSEIA)	1,648 ha de bosque nativo, donde el polígono a reforestar e incluido en el Plan de Manejo Forestal será de 1,73 ha.	dice titular dice que no, no informan comunidad se entera por hechos consumados, arboles con significación cultural para su cosmovisión	no afecta tala de bosque nativo, (1,43 ha área a reforestar por corta de arboles)	0,62 ha de bosque nativo (se planea realizar una reforestación en relación 1:35 de Lleuque).	1,90 ha	3,72 ha	7,3 ha de bosque nativo, desagregado en 5 predios y una reforestación de 7,3 ha, superficie que se encuentra desagregada en un tramo aproximado de 2,9 km, las especies intervenidas serían principalmente Coigüe, Roble, Radal y Nirre.	4,02 ha
Cambio de uso del suelo (PAS art. 96 DS 95/2001/ art. 160 RSEIA)	El proyecto se emplazará fuera del límite urbano, en área rural donde el cambio de uso de suelo aplica para una superficie de 215 m2 que corresponde al área de emplazamiento de la casa de máquinas, la cual se ubicará en un suelo con capacidad de uso VI que corresponde a suelos inadecuados para los cultivos y su uso está limitado para pastos y forestales - 0,0215 ha	250 m2 que corresponde al área de emplazamiento de la casa de máquinas - 0,025 ha	casa de máquinas, la cual se ubicará en un suelo con capacidad de (0,15 ha)	uso VI que corresponde a suelos inadecuados para los cultivos, ya que corresponde a una instalación industrial en un sector rural. La superficie de suelo para la cual se solicita cambio de uso de suelo posee una superficie de 2,6 ha y corresponde al área donde se emplazaría la casa de máquinas	0, 0754 ha, el Proyecto evaluado requiere la construcción de instalaciones en área rural.	0,5 ha correspondiente a la casa de máquinas	El proyecto se emplaza fuera del límite urbano, en un sitio rural, por lo que es necesario pedir Cambio de Uso de Suelo para el sector ocupado por la casa de máquinas. Suelo clase VII en una superficie afecta de 0,25 ha (50 m x 50 m) y se encuentran informados favorables por la Seremi de Agricultura, en atención a oficio N° 6483/2015.	casa de máquinas 300m2 - 0.03 ha
Superficie afectada	Obras temporales 1,560 ha+obras permanentes 0,6698 ha=2,23 ha	etapa construcción 15 ha-etapa operación 8,13 ha	2,17 ha	etapa construcción 4,62 - etapa operación 2,43 ha	25,14 ha	17,6 ha	etapa construcción 12,9 ha - etapa operación 4,9 ha	etapa construcción 24,82 ha - etapa operación 4,33 ha

9.2.3. Correlaciones entre los efectos del litigio mapuche y la dimensión indígena de las centrales hidroeléctricas.

En cuanto a la categoría distancia entre las comunidades/*lofs*/población mapuche y el emplazamiento del proyecto, no se observa una correlación de dicha categoría con los resultados de los recursos deducidos por las comunidades. Así, entre los recursos acogidos por los tribunales se encuentran casos donde el proyecto se emplaza muy próximo a población protegida y el mismo titular reconoce que dicha población se encuentra dentro del área de influencia directa del proyecto. Por ejemplo, en el caso de la CH Llançalil la comunidad indígena recurrente más próxima al emplazamiento del proyecto es la Comunidad Indígena Carimán Sanchez y Gonzalo Marín (550 m aguas arriba de la bocatoma), mientras que en el caso de la CH El Rincón se trata de la Comunidad Indígena Juan Meli (817 m). En cambio, el caso de Doña Alicia, donde el titular no reconoce la presencia de comunidades en el área de influencia directa del proyecto y la comunidad indígena más cercana se encuentra a 13 Kms, da cuenta de que es posible lograr que los recursos sean acogidos merced a una concepción amplia de la territorialidad indígena. Por el contrario, entre los recursos rechazados por los tribunales, se encuentran causas que comprenden desde casos donde no se reconoce la presencia de población protegida en el área de influencia del proyecto (CH Tacura), casos como la CH Añihuerraqui, donde la comunidad indígena más próxima se encuentra dentro del área de influencia directa del proyecto a tan sólo 300 m de la casa de máquinas y el caso de la CH Alto Cautín, donde las comunidades indígenas Quilapi López, Venancio Huenchupan e incluso la Huentecol Cheuquepan, que colindan con el río donde se producirá la extracción de agua y descarga y con el predio en el cual se instalará el proyecto, es decir, están dentro del área de influencia directa del proyecto; y el caso de la CH Pangui, donde la Comunidad Indígena Julián Collinao y la Comunidad Indígena Juan de Dios Ancamil se localizan respectivamente a 1.031 m y 927 m respecto del trazado de la tubería y a 1.630 y 1.680 m de la casa de máquinas.

En cuanto a la categoría tipología y proximidad de los lugares de significación cultural con respecto al emplazamiento del proyecto, no se encuentra ninguna correlación con los resultados de los recursos interpuestos por mapuche. Entre los casos acogidos, se identifican casos como la CH Llançalil, donde solo los recurrentes identifican afectaciones a lugares de significación cultural: *trawunko* a 160 m. aguas abajo del punto de restitución de las aguas, el *rewe* de la Comunidad Indígena Millaqueo Millahual, a

metros de la bocatoma del río Llancalil, por lo que la instalación de la central impactaría directamente a la comunidad y sus prácticas culturales, como la realización del *llellipun* (ceremonia mapuche) y rogativas al amparo de su *rewe*, mientras el titular reconoce la presencia de un *nguillatun* en Maitén y un *nguillatwe* en Huilo, lugares de significación cultural cercanos a las comunidades indígenas Millaqueo Millahual y Neculán Nahuelhuán, que se encuentran a una distancia de 3.490 m y 5.020 m respectivamente, de forma que el titular utiliza el criterio distancia para justificar la no afectación sobre estos espacios; y el caso de la CH Doña Alicia, donde los recurrentes identifican un cementerio a 9 km de las instalaciones de la bocatoma, la presencia de *lawen*, *nguillatuwe* y *llillatuwe*, caminos de transhumancia y *Kurantu* (piedras para utensilios domésticos y rituales); y el caso de la CH Rincón, donde se encuentran el *trayenko* "Truful Truful" a 200 m aguas arriba del emplazamiento de la central; la gruta Huellerupe a 500 m; el cementerio local Alpehue a 1.200 m del proyecto, el sitio *nguillatuwe* del sector Melipeuco a 1.340 m, el sitio *nguillatuwe* del sector Sahuelhue a 1.400 m, el sitio ceremonial "La Piedra" a 2.000 m; el sitio *nguillatuwe* sector Alpehue a 4.500 m, el sitio *nguillatuwe* del sector Tracura a 6.400 m; los volcanes Llaima; Villarrica y Sollipulli, no se especifica la distancia a la que se encuentran del proyecto reflejando una comprensión por parte del titular de que están a mucha distancia y por eso no hay afectación.

En sentido contrario, entre los recursos rechazados, están el caso de la CH Tacura, donde el titular sostiene que en el área de influencia del proyecto no hay lugares ni sitios donde se lleven a cabo manifestaciones culturales, ni se encuentran construcciones, lugares o sitios pertenecientes al patrimonio cultural, argumentando que el *trayenko* más cercano se ubica a 1,2 km aguas abajo del lugar de las obras y no se realizan ceremonias o rituales que contemplen el uso de aguas. No obstante, los recurrentes argumentan que la bocatoma se construye en la confluencia del estero Lautaro con el Tracura, lugar con mucho *newen* y significación cultural cuya alteración comporta la erosión del *itro fill mogen* y el enojo de los *ngen* que cuidan de esos espacios y que el proyecto afecta asimismo al *trayenko*; además, el estudio arqueológico para el valle de Lonquimay presentado por el proponente registra referencias de posibles cementerios indígenas, cuyos materiales son descritos como parte de rescates y donaciones entregados al Museo Regional de la Araucanía, destacando la presencia de algunos restos provenientes del sector Fundo Alaska: vasijas, cerámicas, una pipa lítica, chaquiras de plata, un freno de caballo, un par de aros de plata y varios restos óseos, los cuales podrían relacionarse con

la referencia que realiza Stehberg: “En el Fundo Alaska, ubicado a 15 km al poniente de Lonquimay se encontró un cementerio mapuche con ofrendas cerámicas y otros objetos” (1981: 5); el caso de la CH Panguí, donde se encuentran los fortines de Witrako Alto y Bajo a unos 146 m de las tuberías de la central (según el titular fuera del área de influencia del proyecto), así como un cementerio con los restos de tres familias mapuche, el *trayenko* Trafkura y zonas de recolección de hierbas y plantas medicinales (recurrentes, Abogabir 2014); el caso de la CH Alto Cautín, donde el titular tampoco reconoce ningún lugar de significación cultural en el área de influencia del proyecto, si bien según los recurrentes mapuche alegan que existen dos *ngen*, entre ellos el *ngen* del bosque nativo, un *Kudi* (piedra para moler), *menokos* donde se realiza *llelipun* (rogativas), varios *eltun* (cementérios) a menos de 1 km del emplazamiento de la central, *lawen* y *nguillatuwe*; y por último, el caso de la CH Añihuerraqui, donde el titular reconoce en su EIA y ADENDAS la afectación de un *eltuwe* a 324 m del proyecto, *nguillatuwe* a 317 m de la casa de máquinas, cerros Peñewe y Pünowemanke, intervenidos por las tuberías⁶⁷¹, estero Pichitrunkura, que adquiere dimensión sagrada al ser considerado *txayenko* y proveer de recursos en los rituales (*nguillatuwe*) como agua para ceremonias propiciatorias, y áreas de recolección de plantas medicinales, intervenidas de forma directa por la construcción de la línea de transmisión.

De esta manera, contrariamente a lo que sería previsible, vemos como no se aprecia correlación entre los lugares de significación cultural afectados y la distancia a la que se encuentran respecto del proyecto con los resultados de los recursos. Casos donde el proyecto se emplaza en el corazón mismo de las comunidades y afecta a la máxima expresión de la religiosidad mapuche, como el complejo ceremonial del *nguillatuwe*, son aprobados (CH Añihuerraqui). Por el contrario, otros proyectos como Doña Alicia donde se discute la afectación de otros lugares de significación cultural más alejados, en cambio, el recurso es acogido por los tribunales. No obstante, en casos más recientes, parece que pudiera haber una tendencia hacia unas resoluciones de los tribunales más garantistas con la susceptibilidad de afectación de estos espacios (CH Rincón y CH Llancalil).

Respecto a la categoría consulta indígena, únicamente se han producido tres consultas indígenas (casos CH Añihuerraqui, CH El Rincón y CH Hueñivales) de los

⁶⁷¹ Las observaciones de la comunidad Camilo Coñoequir Lloftunekul demuestran que el proyecto se emplaza en la ladera del cerro Punoweman, en la Adenda n° 1 el titular había mantenido que el cerro Tren Tren y Kai Kai se encontraban respectivamente a una distancia de 2.350 m y 3.190 m. del proyecto (casa de máquinas).

ocho casos de la muestra en estudio, que han servido para visibilizar impactos previamente no identificados por el titular y en ocasiones para llegar a acuerdos respecto de medidas de mitigación, reparación y/o compensación, pero no constituye un instrumento que garantice que los tribunales muestren mayor receptividad con las reclamaciones/recursos mapuche respecto de los impactos identificados. Destacar que los procesos de consulta indígena comienzan de manera tardía en el proceso de evaluación ambiental del proyecto⁶⁷² y que ninguno de los reclamos de vulneración del derecho a la consulta previa ha sido acogido por los tribunales⁶⁷³.

La movilización legal mapuche ha incorporado también en sus recursos la vulneración de derechos indígenas como resultado de la forma en que los proponentes de los proyectos se insertan en los territorios y cuestionan así la pretendida sustentabilidad del Plan 100 Minihidros (CH Añihuerraqui, CH Alto Cautín, CH Rincón, CH Hueñivales, CH Llancalil; CH Pangui), convirtiéndose en proyectos que no solo se insertan en los territorios de manera inconsulta y/o sin obtener el consentimiento de las comunidades afectadas, sino que además dejan un legado de quiebre del tejido social y de desconfianza en las empresas y la institucionalidad del Estado. En el caso de la CH Añihuerraqui, los recurrentes denuncian permutas de tierras previas al ingreso del proyecto al SEIA entre la empresa y comuneros (autorizadas por la CONADI) con irregularidades, falsificaciones de firmas, engaños a los comuneros por parte de la empresa y negociaciones e intervenciones monetarias del titular con socios de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul que provocan un deterioro del tejido social y de las relaciones interpersonales e interfamiliares, promoviendo que haya grupos de beneficiarios y de damnificados por el proyecto, generando asimismo una pérdida del sentido colectivo local y de su identidad que se refleja en una participación reducida en el *nguillatuwe*. En el caso de la CH Alto Cautín por proceder a la tala de árboles nativos sin haber realizado ningún acercamiento previo con las comunidades mapuche de la zona; en el caso de la CH Rincón, la inserción de la empresa en el territorio se inicia por medio

⁶⁷² En el caso Añihuerraqui, la consulta comienza un año más tarde de su ingreso al SEIA mediante un EIA, tardándose 7 meses más en alcanzar un acuerdo metodológico (OIT 2016); en el caso de la CH Rincón, se inicia después de la segunda Adenda del titular, 2 años, 2 meses y 3 días después del ingreso del proyecto al SEIA; y en el caso de la CH Hueñivales, se inicia después del segundo ICSARA y la primera ADENDA del titular, un año, cuatro meses y 12 días después de su ingreso al SEIA.

⁶⁷³ Los casos donde los recurrentes/reclamantes mapuche alegan una vulneración del derecho a la consulta previa son CH Doña Alicia, CH Alto Cautín, CH Llancalil y CH Pangui (por omisión de la consulta) y CH El Rincón y CH Añihuerraqui (porque la resolución de la autoridad ambiental entiende la consulta como una obligación de medio y no de resultado y no pondera adecuadamente los resultados del proceso consultivo).

de intentos de cooptación que solo provocan la división y confrontación entre los miembros de las comunidades. Testimonios del *txawun* lo expresan en los siguientes términos: *“llegó la empresa... del otro lado del mar (continente) con plata del otro lado del mar llegan, con puro dinero nos vienen a mentir, con dinero nos vienen marear, el wigka que se aprovecha de la gente, el que divide la gente, el que hace pelear a la gente, eso entristece el corazón de todos nosotros. En esta parte que vivimos nos vinieron a invadir como que nos vinieron a asaltar, es un verdadero asalto en verdad”* (Painemal-Morales 2017). En el caso de la CH Llancalil, el peritaje antropológico da cuenta de la forma individualizada en la cual la empresa se ha aproximado a los miembros de las comunidades, alcanzando supuestamente acuerdos con tres personas propietarias de los predios donde directamente se emplaza el proyecto –algunas no residen allí de forma permanente- y debido a la falta de transparencia no es posible verificar la existencia y naturaleza de dichos acuerdos. Estas condiciones de atomización e incertidumbre son interpretadas por la mayoría de comuneros como una estrategia de la empresa para debilitar e impedir la articulación de la oposición local, quebrando las relaciones *inter* e *intra* comunitarias. Además, los recurrentes denuncian los engaños del titular para excluir a ciertas comunidades de la consulta previa los cuales son validados por la RCA. Por último, en el caso de la CH Pangui, los recurrentes denuncian la insuficiente información entregada por el titular, que las reuniones de socialización del proyecto no satisfacen el estándar de la consulta y además, *“que “la empresa está haciendo reuniones con miembros de comunidades, realizando regalos y ofertas. Es como si estuviéramos volviendo a los tiempos de la colonia, cuando llega alguien de afuera y tú tienes que entregarle tus tierras”* (Epulef, citado en Vargas 2011).

Todas estas estrategias de los proponentes de los proyectos que tienen como objetivo la desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades son incompatibles con los estándares internacionales de la consulta previa (Andueza y Rodríguez 2016). En el caso Hueñivales, los reclamantes denuncian que la forma de inserción del proyecto omitiendo información y no haciéndose cargo de las afectaciones significativas sobre la comunidad Benancio Huenchupán hace que solo se consulte a comunidades con quienes ya se habían iniciado negociaciones previas y se excluya a otras (Cuadra-Montoya 2021a, 2021b), promoviendo la cooptación de personas miembros de

dichas comunidades y la fractura del principio *Kurantu* (trabajo colaborativo). Así, los recursos que incorporan estas denuncias de la forma en que se insertan los proyectos, también dan cuenta de las posturas heterogéneas que existen en el interior de los territorios indígenas, ya sea entre diferentes comunidades o entre los miembros de una misma comunidad (Cuadra-Montoya 2021a, Höhl 2020), y la incapacidad del Estado para fiscalizar o sancionar las prácticas de cooptación de las empresas (Vial 2018)⁶⁷⁴. En definitiva, la categoría heterogeneidad u homogeneidad de la oposición mapuche a los proyectos tampoco muestra una correlación con los resultados del litigio, ya que casos donde las comunidades han mostrado posiciones encontradas frente a la llegada de la minihidroelectricidad han tenido resultados disímiles en las resoluciones de los tribunales. Por ejemplo, entre los recursos acogidos encontramos los casos de la CH El Rincón y la CH Llancalil, donde se habría producido una confrontación entre diferentes comunidades y familias mapuche, o la CH Doña Alicia donde se logra articular un movimiento amplio de resistencia al proyecto con el liderazgo del *lonko* Alberto Curamil.

⁶⁷⁴ Además, esta inserción de los proyectos en los territorios se erige en una barrera para que el SEA pueda abrir procesos de diálogo de buena fe y hace que dichos procesos estén viciados desde antes de su inicio debido al accionar de los proponentes. Como señala Medina, cuando “*tú te encuentras con la gente ofendida porque no se le reconoce su cultura, no se le reconoce su cosmovisión y después un montón de cuestiones tan domésticas inclusive u otras no tan domésticas y gente que dice mira cuando vinieron los ingenieros a tomar datos y cuestiones tan sencillas como ingresaron a mi campo, a mi predio y dejaron el portón abierto y se me arrancaron los animales y no me pidieron permiso en algunas partes hasta cortaron cables, cortaron algo de árboles o pasaron e hicieron esto, no me pidieron permiso, no se identificaron, llegan y pasan, no saludan, entonces van sumando malestar, entonces cuando llegamos nosotros a tocar la puerta es una bola de nieve que nosotros no nos explicamos qué pasó [...] y nosotros llegamos y queremos abrir un proceso de diálogo, de buena fe, la gente ya viene ¡qué me vienen a hablar de buena fe!, ¿te fijas? Entonces bajo ese contexto es bien difícil, es dura la tarea de poder alivianar un proceso de diálogo*” (Medina 2017).

CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS.

A. Resultados y comprobación de la hipótesis.

En este trabajo de investigación con enfoque descriptivo se ha abordado como variable principal los conflictos etnoambientales suscitados en la región de La Araucanía como consecuencia de la expansión minihidroeléctrica promovida en Chile desde el Ministerio de Energía con el Plan 100 Minihidros.

En el primer capítulo de la tesis se desarrollaron los factores que promueven el imperativo (neo)extractivista de las energías renovables y la proliferación de proyectos minihidroeléctricos impulsados desde el multiculturalismo neoliberal. Entre estos factores destacan las narrativas de sustentabilidad de las minihidros defendidas por el Gobierno y actores privados y la definición de unos marcos institucionales sectoriales – hídrico, eléctrico, ambiental e indígena- que establecen una gobernanza que privilegia el desarrollo hidroeléctrico muchas veces amenazando la dimensión sustantiva de los derechos indígenas y la integridad de las cuencas de la cordillera y precordillera andina, razones por las que el pueblo mapuche se ha visto empujado a la movilización legal y al uso de los tribunales para defender sus derechos y el medio ambiente. Destacamos algunos de los privilegios de los que goza la hidroelectricidad en cada uno de los marcos sectoriales para comprender la naturaleza de los obstáculos que debe superar la movilización legal mapuche al confrontar el avance de la frontera minihidroeléctrica: en lo que respecta al marco sectorial hídrico señalamos recordando a Bauer la configuración de una tipología de derechos en el CA (DAANC) destinados básicamente a la generación de energía hidroeléctrica, el establecimiento de un sistema de DAA débilmente regulado y una regulación más minuciosa para las cuencas con CH, lo que facilitó un crecimiento exponencial de los DAANC otorgados a unas pocas empresas del rubro hidroeléctrico, constituyéndose así verdaderas hidrocracias (Yacoub et al. 2015) o “señores del agua” (Mundaca, 2013); respecto al marco sectorial eléctrico, se otorga únicamente a la hidroelectricidad el privilegio de solicitar concesiones eléctricas y constituir servidumbres legales allí donde la instalación de sus proyectos lo requieran, y asimismo se reformó el sector eléctrico para introducir más estímulos para fomentar el desarrollo del sector minihidro, como la conexión gratuita a las líneas de transmisión troncal para las centrales inferiores a 9 MW de capacidad instalada y reducciones de tarifa para las

centrales inferiores a 20 MW; la obligación de comprar la generación minihidro a precios de mercado instantáneo o “spot”; la facultad de definir de manera autónoma el precio de sus ofertas en las licitaciones con contratos de 20 años con las distribuidoras, la reserva a las ERNC de un 5% de la demanda licitada por las distribuidoras para clientes regulados, el establecimiento de una meta de generación para el 2025 del 20 % de la matriz eléctrica en base a fuentes de ERNC o la ampliación a 5 años del plazo de antelación de las licitaciones a la fecha de inicio del suministro, entre otras medidas. En lo que respecta al marco sectorial ambiental, se ha configurado una institucionalidad que modera las exigencias para obtener los PAS de las minihidro y fomenta una política del conocimiento que tiende a ocultar la naturaleza y alcance de los impactos de las minihidros y a excluir o desconsiderar los saberes indígenas en lo que Rojas-Marchini y Hernando-Arrese han venido a denominar como “tecnocracia ambiental de la despolitización” (Rojas-Marchini y Hernando-Arrese 2019), esto es, los mecanismos establecidos para debilitar las instancias de participación que el propio Estado había ya previamente reconocido. Así se pueden destacar la categoría capacidad instalada (MW) como criterio para definir la obligación de ingresar al SEIA, que ha conducido a que el 50,9% de los proyectos minihidro no ingresen al SEIA y a que el 76,6% de los proyectos minihidro que ingresan al SEIA lo hagan mediante una DIA, omitiendo por tanto la realización de procesos de consulta indígena y permitiendo que algunos impactos de las minihidro no queden sujetas a evaluación ambiental o a la definición de medidas de mitigación, reparación o compensación. En lo que concierne a la etapa de evaluación ambiental, se ha observado que i) solo el 9,2% de los proyectos minihidro ingresados al SEIA han celebrado reuniones previas entre el Director Regional o Ejecutivo del SEA y GHPPI y de estas reuniones únicamente el 6,6% han dado pie a la celebración de procesos de consulta indígena; ii) el estándar para la procedencia de la consulta indígena en el SEIA (certeza de afectación directa, significativa y exclusiva) no está conforme a los estándares del Convenio 169 de la OIT pues se homologa la significancia de la afectación a los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la LBGMA y se interpreta la exclusividad de la afectación desde una interpretación civilista del territorio indígena y desde el reconocimiento de las comunidades mapuche legalmente establecidas, lo que ha tenido como resultado que tan solo el 2,7% de los proyectos minihidro hayan realizado procesos de consulta indígena; iii) la PAC no supone un marco de diálogo intercultural pertinente por la brevedad de los plazos y no plantear la finalidad de obtener el consentimiento de las personas indígenas, mientras que la calificación de los proyectos

se muestra como un proceso contencioso de naturaleza política donde en la mayoría de las ocasiones el conocimiento indígena es inferiorizado sin ofrecer mecanismos (eficaces) mediante los cuales los pueblos indígenas puedan oponerse a la dictación de una RCA.

No obstante, a pesar de todos los incentivos que los diferentes marcos sectoriales otorgaban para el desarrollo de la pequeña hidroelectricidad, persistieron algunas barreras que hicieron que aunque se duplicaron el número de minihidros en un breve lapso de tiempo en Chile, finalmente solo se pudieran lograr dos terceras partes de la meta fijada por el Plan 100 Minihidro.

Este crecimiento del sector minihidro ha sido catalogado por sus impulsores con etiquetas como revolución verde, pero la revolución energética ha tenido sus sombras cuando se evalúa desde el prisma de la sustentabilidad: desde la dimensión de la eficiencia energética, no se vislumbra el desacople del crecimiento económico respecto a la demanda energética pues la generación de electricidad presenta una constante evolución al alza; desde la dimensión de la sostenibilidad ambiental, la generación en base a combustibles fósiles se mantuvo en los niveles del año 2014 y se fijaron unos compromisos de reducción de GEI por unidad de PIB al 2030 de entre el 30 y el 45%, lo que al mismo tiempo no garantiza que no puedan seguir aumentando las emisiones totales, y tampoco se consideran los estudios que advierten que las minicentrales hidroeléctricas pueden ocasionar en la hidrología y funciones ecosistémicas de las cuencas 10 veces más impactos por unidad de energía generada que las grandes represas o unos impactos acumulativos 100 veces mayores que las grandes represas. En cuanto a la teórica apuesta por la inclusividad en la política energética 2050 no se vio materializada con el Plan 100 Minihidros, el cual fue adoptado y ejecutado de manera inconsulta, constituyéndose en una decisión santiaguina que colisiona con los modelos de desarrollo por los que se apuesta desde los territorios y en una amenaza para la autonomía mapuche, no fue concebida para llevar la electricidad a las comunidades o *lof* mapuche, que siguen adoleciendo de falta de conectividad en muchas de las zonas más aisladas de la región de La Araucanía, ampara la exclusión de la participación en los beneficios de los proyectos, pues solo ocasionalmente se ha considerado una compensación económica insignificante en comparación al monto de las ganancias obtenidas por las generadoras, el 88,57% de las minicentrales que se proyectaron en la región de La Araucanía lo hicieron de forma inconsulta; y sesgos de la política energética del gobierno para promover la pequeña hidroelectricidad como una tecnología medioambientalmente amigable, ignorando los

estudios que cuestionan estas afirmaciones como una forma de facilitar la ejecución del Plan 100 Minihidros al promover la aceptabilidad de los proyectos y un colonialismo-extractivismo de saberes.

La proliferación de conflictos etnoambientales suscitados ante la expansión de la frontera minihidroeléctrica en la Macrozona Sur de Chile no hace sino que apuntar a las principales falencias de la política energética y del Plan 100 Minihidros en materia de sustentabilidad democrática y ambiental. Ante el imperativo (neo)extractivista de las renovables que impone el Gobierno con la PEN 2050 y el Plan 100 Minihidros, surge en las comunidades un imperativo ético y cultural para defender los ríos y resistir el despojo hídrico, la fragmentación territorial y el extractivismo cognitivo y epistemológico.

Esta defensa pasa con frecuencia por la movilización legal de las comunidades y es por este motivo que en el segundo capítulo se presentaron las diferentes corrientes teóricas y sus respectivos enfoques respecto a la juridificación de la política indígena y los efectos de la movilización legal desde abajo. Este trabajo de investigación partía adhiriéndose a la hipótesis de Rachel Sieder de que la juridificación de la política indígena contiene un potencial contrahegemónico y descolonizador que no obstante es preciso reconocer que tiene sus propios límites ya que tampoco puede pretenderse de que la juridificación de la política indígena vaya siempre por sí misma a contener el avance de la frontera (neo)extractivista de las renovables o el neocolonialismo. Los resultados del estudio de casos de esta investigación en la región de La Araucanía han confirmado la hipótesis de partida de esta tesis doctoral, encontrándose que los efectos descolonizadores y contrahegemónicos han tenido lugar pero han sido limitados y coyunturales y no estructurales, de forma que la oleada extractivista en la región de La Araucanía no se ha detenido, sino que se por el contrario, ha continuado bien viva con la incorporación de nuevos proyectos y de otras fuentes de energía renovable.

Destacamos cómo en Chile la movilización legal indígena ha mostrado un uso preferente del recurso de protección por sobre de la reclamación ambiental a pesar de que las dos vías jurisdiccionales se han mostrado en la mayoría de las ocasiones escasamente receptivas a las pretensiones indígenas. De todas maneras, ha sido posible identificar ciertos progresos en la comprensión de los derechos indígenas por parte de la jurisprudencia e incluso de los propios recurrentes que han diversificado los derechos invocados en sus acciones judiciales. En sede proteccional, los principales avances dicen relación con una mínima apertura al estándar de la potencialidad de la afectación para

admitir la procedencia de la consulta previa, el reconocimiento de la territorialidad indígena a partir de los espacios y el hábitat tradicionalmente ocupados o utilizados por los pueblos indígenas a efectos de reconocer derechos de propiedad, sobretudo en el caso de las comunidades andinas del Norte de Chile, y el reconocimiento de la función social de la propiedad vinculada a la protección del medio ambiente o al ejercicio de la libertad de culto para interpretar el derecho de propiedad en el sentido de constituir un derecho de acceso a lugares de significación cultural que limite el derecho de dominio de terceros. En la jurisdicción ambiental, los avances jurisprudenciales se vinculan con la aplicación del principio precautorio que comporta la exigencia de rigurosidad de los estudios metodológicos del proponente y los OAECA de forma que el SEA pueda evaluar y resolver de manera fundada la susceptibilidad de afectación directa de un proyecto; la imposibilidad de poner término anticipado a un proceso de consulta previa en base a las modificaciones a un proyecto presentadas por el proponente debido a que se requiere recabar la opinión de las comunidades afectadas; la nulidad de las RCA por el fraccionamiento de los proyectos; la exigencia de verificación respecto de la verosimilitud de una DIA mediante reuniones previas con GHPPI, lo que fortalece una comprensión epistémica de la participación indígena; y una sola interpretación excepcionalísima de la susceptibilidad de afectación directa que gatilla el proceso de consulta indígena con la eventualidad (y no la certeza) de la afectación en relación al literal d) del art. 11 de la LBGMA (localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas).

A partir del estudio de casos de esta tesis, que toma como muestra los proyectos minihidro judicializados por recursos mapuche en la región de La Araucanía, es posible concluir que la movilización legal mapuche ha sido parcialmente exitosa, confirmándose la hipótesis de partida de esta investigación de que la juridificación de la política indígena contiene la semilla de la emancipación para los grupos subalternos.

Desde una perspectiva estrecha, identificamos una evolución hacia una jurisprudencia más garantista para con los derechos indígenas y una mejor fundamentación y rigurosidad técnica en las acciones de los recurrentes. Si bien los primeros casos fueron rechazados por razones formales en sede proteccional, posteriormente varios de los recursos mapuche han sido acogidos por los tribunales. En la jurisdicción ambiental estas mayores garantías con respecto a la protección de los derechos indígenas se relacionan con i) una interpretación amplia de la territorialidad

indígena y la aplicación del principio precautorio, lo cual permite desafiar la supremacía del principio de legalidad de las RCA y revertir la carga de la prueba que se ponía sobre las espaldas de los recurrentes mapuche, por lo que en la actualidad los instrumentos de ingreso de las empresas al SEIA y los pronunciamientos de los OAECA y del SEA serían más rigurosos y mejor fundamentados (caso de la CH Doña Alicia) y ii) la prohibición para la autoridad ambiental de retrotraer la evaluación de la DIA de un proyecto cuando persisten omisiones, errores o inexactitudes en la misma (caso de la CH Llancalil). En la jurisdicción proteccional, en cambio, las mayores garantías con los derechos indígenas se vinculan con la orden de no innovar de las cortes hasta que no se resuelvan los recursos administrativos y la causa pendiente en sede ambiental en base a la consideración de que la RCA no estaba suficientemente motivada por haber dado cobertura a un conjunto de omisiones y medidas inadecuadas respecto a varios componentes ambientales. De esta manera, se frena la derivación prácticamente automática que se realizaba desde la jurisdicción proteccional a la ambiental en relación a las causas que consisten en impugnaciones de RCA (caso de la CH Rincón).

Desde una dimension amplia, en algunos casos la movilización legal se ha mostrado eficaz y empoderadora para el movimiento mapuche y a pesar de que sus pretensiones no fueron acogidas por los tribunales, se logró contener el avance de la frontera minihidroeléctrica (caso CH Alto Cautín) y/o fortalecer al movimiento mapuche en multiples dimensiones, desde la construcción de alianzas y sinergias para oponerse a las minihidros con otros actores a escala local, regional, nacional e incluso internacional (power-with dimension); la implementación de múltiples formas de acción colectiva (power-to dimension); la revitalización y resignificación de lo propio y el cambio de mentalidades con una mayor conscienciación de lo que supone ser sujeto de derechos (power-within dimension); y la materialización del potencial emancipatorio que posibilita el uso del Derecho (power-from dimension).

A pesar de estos logros, la movilización legal mapuche en su confrontación a la ejecución del Plan 100 Minihidros ha encontrado algunos obstáculos que todavía hoy día deben ser superados. En primer lugar, poder desenmascarar la casi indiscutida etiqueta de sustentabilidad que acompaña a las minihidros. Desde un punto de vista de la sostenibilidad ambiental, muchas de ellas no respetan los caudales máximos fijados por el CA para la determinación del caudal ecológico -entre el 20 y el 40% del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial- y almacenan y/o desvían más del 90% del caudal

de los ríos por varios kms. Desde un punto de vista de la inclusividad, observamos que muchas minihidros se insertan en los territorios de manera inconsulta y desde el engaño, la cooptación, la falta de información y la presión política. De la muestra de casos en estudio, únicamente se han realizado tres procesos de consulta indígena (CH Añihuerraqui, CH Rincón, CH Hueñivales) y dos reuniones previas conforme al art. 86 del RSEIA (CH Llançalil y CH Hueñivales). En lo que concierne al ejercicio de la consulta previa, los desafíos para la juridificación de la política indígena han sido múltiples: la omisión de procesos de consulta indígena, que ha sido reclamada por los accionantes mapuche en foros jurisdiccionales en cuatro ocasiones (CH Llançalil, CH Doña Alicia, CH Alto Cautín, CH Pangui); las falencias que ha presentado la forma en que se han realizado los procesos de consulta indígena, mediante la exclusión de comunidades mapuche susceptibles de ser afectadas por el proyecto minihidro (CH Hueñivales) o una comprensión de la consulta como obligación de medio y no de resultado (CH Añihuerraqui); la desconsideración de los jueces respecto de los reclamos mapuche relativos a la vulneración del derecho a la consulta previa; el reconocimiento de la necesidad de celebrar procesos de consulta indígena en las concesiones eléctricas como medida administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas; y la corrección de las lagunas y falta de claridad de la normativa ambiental que entregan a la autoridad administrativa un amplio margen de discrecionalidad a la hora de estimar la susceptibilidad de afectación directa y emitir sus resoluciones.

En cuanto a los resultados observados en el enfoque cuantitativo del Anexo, se ha observado lo siguiente:

En primer lugar, el porcentaje de proyectos minihidro en la región de La Araucanía judicializados por la interposición de recursos mapuche (21,6 % del total de proyectos y 61,53 % de los proyectos con RCA favorables) ha sido sensiblemente superior al porcentaje divulgado por la UGP del Ministerio de Energía (4 % de los proyectos minihidro que cuentan con aprobación ambiental), de manera que el litigio mapuche ha constituido una barrera más significativa para la ejecución del Plan 100 Minihidros de lo que ha argumentado el gobierno.

En segundo lugar, se ha corroborado la tesis de trabajos anteriores (Delgado 2021; Hervé y Bascur 2019; Barandiaran y Rubiano-Galvis 2019; Häberle y Pelayo 2015) en el sentido de que los accionantes mapuche han mostrado una preferencia por la jurisdicción

proteccional (7 recursos de protección) vis-a-vis la jurisdicción ambiental (4 recursos de reclamación o invalidación).

Sin embargo, la preferencia mapuche por el recurso de protección no parece explicarse por el resultado del litigio, pues únicamente ha sido acogido uno de los siete recursos mapuche interpuestos en sede proteccional (14,28 %), mientras que en la jurisdicción ambiental se han acogido los dos recursos de reclamación mapuche (100%). Estos datos no casan con las conclusiones de algunos trabajos consultados en la literatura, como los de Hervé y Bascur 2019, que sostienen que la creación de los Tribunales Ambientales no habría contribuido a garantizar una mayor protección para los derechos indígenas en el marco del SEIA.

Respecto al objetivo secundario de identificar correlaciones entre el resultado del litigio mapuche y los pronunciamientos de los OAECA, encontramos que los casos donde las pretensiones mapuche han sido acogidas son aquellos que presentan una mayor número de oficios disconformes por parte de los OAECA (casos de Doña Alicia, Rincón y Llanquil con 7, 6 y 3 pronunciamientos con observaciones o inconformes). Asimismo, mostramos la emergencia del pronunciamiento con observaciones del SERNATUR como una correlación significativa en el resultado final del proceso contencioso (en los tres casos donde los recursos mapuche fueron acogidos por los tribunales, el SERNATUR se pronunció con observaciones), mientras que contrariamente a lo esperado, la trascendencia del pronunciamiento de la municipalidad habría sido mucho menor ya que solo en dos de sus seis pronunciamientos con observaciones finalmente los proyectos fueron rechazados.

En cuanto a las posibles correlaciones entre el resultado del litigio mapuche y las características de la central, no se encontraron correlaciones respecto de categorías como la capacidad instalada del proyecto, la capacidad de almacenamiento o embalsamiento, la longitud de la barrera transversal, el porcentaje del caudal intervenido (de hecho, son precisamente algunas de las centrales con un porcentaje de caudal intervenido menor las que son rechazadas por los tribunales), la distancia entre el punto de captación y restitución de las aguas, el salto o caída neta, el cambio de usos del suelo y la superficie total intervenida por el proyecto. En cambio, se observa cierta correlación entre los resultados del litigio mapuche con categorías como la tipología de la barrera transversal (barreras móviles), la intervención de bosque nativo, el monto de la inversión (correlación inversa, algunos de los proyectos minihidro con una inversión mas grande son los que

son rechazados por los tribunales), la tipología y el número de turbinas (turbinas tipo Francis), y la línea de baja tensión (con recursos acogidos) y línea de media tensión (con recursos que fueron rechazados).

Respecto a las correlaciones entre el resultado del litigio mapuche y la dimensión del componente indígena en relación a los proyectos minihidro, no se han observado correlaciones significativas en categorías como la distancia entre las comunidades/*lofs*/población mapuche y el emplazamiento del proyecto, la tipología y proximidad de lugares de significación cultural con respecto al emplazamiento del proyecto, la realización de procesos de consulta indígena, y la heterogeneidad u homogeneidad de la oposición mapuche, lo que confirma la tesis de Jaccard de que es difícil encontrar correlaciones o relaciones causales que expliquen los resultados del litigio ya que dependen en gran medida de la coyuntura particular de cada caso (Jaccard 2017).

B. Propuestas y/o Recomendaciones.

Cabría señalar algunos interrogantes que han quedado por responder en relación al objeto de estudio de esta tesis doctoral y que permiten plantear posibles áreas de estudio que se han abierto a raíz de esta investigación. En relación a los interrogantes del objeto de estudio de esta tesis, hay que indicar que los casos de las minicentrales hidroeléctricas Hueñivales y Rincón todavía están pendientes de ser resueltos por los tribunales, el primero en la jurisdicción del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, y el segundo en casación en la Corte Suprema. Sería interesante darle seguimiento a estos casos para comprobar por un lado si se da continuidad a la jurisprudencia más garantista con los derechos indígenas o por el contrario se produce una regresión en la interpretación y aplicación del derecho; y por el otro, verificar si se corrobora la jurisdicción ambiental como un foro donde las pretensiones mapuche que se oponen a proyectos minihidro en la región de La Araucanía tienen más posibilidades de ser acogidas o por el contrario se valida la tesis de Hervé y Bascur que entiende que la jurisdicción ambiental no ha significado un avance para la protección de los derechos indígenas en el marco del SEIA (Hervé y Bascur 2019). Como se ha visto en el tercer capítulo, los resultados de las reclamaciones mapuche en la jurisdicción ambiental que se oponen al desarrollo minihidro en La Araucanía apuntan a la primera de las opciones, si bien hay que tener en

cuenta el reducido tamaño de la muestra para sacar conclusiones categóricas y sería interesante poder ampliar la muestra para tener una mayor evidencia empírica de cuál de las opciones sería la correcta en lo que concierne a la significancia de la jurisdicción ambiental para la protección de los derechos indígenas.

Otro interrogante que ha quedado por resolver ya señalado en la introducción tiene que ver con identificar y comparar los efectos de la movilización legal mapuche en su confrontación a la expansión de la pequeña hidroelectricidad en otras regiones de la Macronza Sur de Chile, análisis y comparación que este doctorando no ha podido abordar por la magnitud de la investigación pero que sería interesante realizar en algún momento para observar si se constatan patrones similares, ya sea que guarden relación con los avances o barreras que la movilización legal mapuche ha encontrado para lograr contener el avance extractivista, la obtención de mayores garantías en la protección de los derechos indígenas y el cierre de la brecha de implementación, o bien con la acogida de sus recursos por parte de los jueces (enfoque estrecho) y el empoderamiento de los movimientos comunitarios (enfoque amplio). Asimismo, podría ser interesante expandir este estudio comparativo regional a nivel nacional y valorar cómo estos avances y barreras para la juridificación de la política indígena en el marco del avance de la frontera minihidroeléctrica se han venido dando en otros países de la región que cuentan con un potencial hidroeléctrico elevado, como es el caso del Brasil, Colombia o Perú.

En línea con esta propuesta de trabajo, otra posible línea de investigación sería estudiar los resultados cosechados por la movilización legal indígena que se opone al imperativo neoextractivista de las renovables en relación a otras fuentes de energía, por ejemplo, solar, eólica, geotérmica, para evaluar si la variable fuente de energía se muestra como una categoría decisiva o relevante en relación a la juridificación de la política indígena y sus efectos.

Gracias a las entrevistas semi estructuradas en profundidad y el trabajo de campo desempeñado en Chile en 2017, este doctorando pudo identificar algunas propuestas de investigación que también ameritarían un estudio más detallado en el futuro ya que se trata de materias donde existe un vacío en la literatura. Algunas de estas propuestas de trabajo serían i) cubrir la falta estudios *ex post* respecto a los impactos de los proyectos minihidro en particular y de las renovables en general sobre los pueblos indígenas, la autoridad ambiental evalúa y califica los proyectos *ex ante*, es decir, antes de que estos sean ejecutados y entren en operación y sería conveniente darle seguimiento a esos

proyectos que cuentan con una RCA favorable cuando comienzan a operar para evaluar si efectivamente lo que decía la autoridad ambiental al aprobar el proyecto era cierto y si las medidas de mitigación, compensación y reparación han funcionado o por el contrario se han producido impactos sobre la población indígena que no fueron contemplados o valorados en su justa medida en el momento de calificar los proyectos, por ejemplo, afectaciones en la salud, en la realización de ceremonias, en los sistemas de vida, etc. (Múñoz 2017). Este tipo de trabajo podría además revertir en beneficio de las propias comunidades afectadas para reclamar la realización de una consulta previa y la definición de medidas de mitigación, reparación y compensación por las afectaciones que ocurren en el momento presente y los daños causados. ii) Desde la antropología jurídica sería interesante realizar un estudio comparativo entre los peritajes antropológicos aportados por las empresas y los presentados por las comunidades indígenas en el marco del SEIA y en los litigios ocasionados a resultas de los conflictos etnoambientales causados por el imperativo de las renovables. Este tipo de estudio contribuiría a reducir la escasez de trabajos en relación a los peritajes antropológicos en materia ambiental (Faundes 2017); como los funcionarios del SEA sostuvieron que a raíz del caso de Doña Alicia el SEA habría procedido a subir el estándar de verificación de los informes que le entregan el titular y los OAECA, se estima que sería interesante darle seguimiento a las resoluciones y fundamentaciones de la autoridad ambiental para comprobar con exactitud en que se ha traducido este cambio y si ha resultado en un mayor número de proyectos rechazados, en la celebración de un mayor número de consultas previas o en una mayor protección para los derechos de los pueblos indígenas. En la misma línea argumentativa, desde la CONADI se informó que desde el caso de Doña Alicia se viene realizando un esfuerzo por incorporar los estándares del SIDH en sus pronunciamientos a efectos de realizar en el marco de sus competencias una sustentación más rigurosa y completa en sus oficios que contribuya a dar mayor visibilidad a las afectaciones sobre los pueblos indígenas que generan los proyectos extractivos (Múñoz 2017). Por este motivo, se entiende que sería oportuno darle seguimiento a la evolución de los pronunciamientos de la CONADI en el contexto de conflictos etnoambientales donde el imperativo de las renovables amenaza el ejercicio de los derechos indígenas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Abbasi, Tasneem y S.A. Abbasi. 2011. "Small Hydro and the Environmental Implications of its Extensive Utilization". *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 15, nº 4: 2134-2143. [DOI: 10.1016/j.rser.2010.11.050](https://doi.org/10.1016/j.rser.2010.11.050)
- Abel, R. 1995. *Politics by Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*. New York: Routledge.
- Abogabir Méndez, Matías. 2014. *Estudio de Caso Chile. Convenio N° 169 de la OIT y la consulta a los pueblos indígenas en proyectos de inversión*. OIT, octubre. <http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2015/11/141016EstudioCasoChileOITCapitulosI-II-III-IV.pdf>
- Abogados Sin Fronteras. 2013. *Litigio estratégico integral en defensa del derecho fundamental al territorio*. Canadá, ONIC. https://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_asfc-onic-litigio-estrategico-integral-en-defensa-del-derecho-fundamental-al-territorio-pdf-43.pdf
- Alcalde Valdés, Juan Pablo y Joaquín Alberto Rojas Olivares. 2018. "Análisis crítico de los criterios jurisprudenciales de la invalidación ambiental: Análisis Jurisprudencial y Doctrinario de la acción contemplada en el artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, que creó los Tribunales Ambientales". Tesis de grado. Universidad de Chile.
- Alvergne, Ines. 2018. "¡Si a la Vida, No a la Mina!" The Criminalization of Socio-Environmental Defenders in Latin America". Tesis de master. Mc Gill University.
- Amnesty International, Humanas, Observatorio Ciudadano, Centro Derechos Humanos UDP, Wallmapuwen. 2009. "Informe de la sociedad civil al CERD de las Naciones Unidas con motivo del examen de los informes periódicos 15º, 16º, 17º y 18º del Estado de Chile", 75º periodo de sesiones.
- Anderson, David, Helen Moggridge, Philip Warren y James Shucksmith. 2014. "The Impacts of 'Run-of-River' Hydropower on the Physical and Ecological Condition of Rivers". *Water and Environment Journal* 29, nº 2: 268 - 276. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/wej.12101>
- Andueza Justiniano, Luis Miguel y Alba Rubí Rodríguez. 2016. "Informe Antropológico, Comunidad Indígena Millaqueo Millahual, Junta de Vecinos Huife, Sectores de Huife Bajo, Huife Alto, Llancalil, y Papal".
- Andueza Justiniano, Luis Miguel. 2018. "Rivers and Worth a Study on the Political Ecology of the Energy Frontier in South-Central Chile". Tesis doctoral. King's College London.
- Anríquez, Gustavo, y Oscar Melo. 2018. "The Socio-Economic Context of Chilean Water Consumption and Water Markets Growth: 1985–2015". En *Water Policy in Chile*, editado por Guillermo Donoso, 53-66. Cham: Springer.
- Antona Bustos, Jesús. 2011. "Etnografía de los derechos humanos. Etnoconcepciones en los pueblos indígenas de América: el caso mapuche". Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/15107/1/T33441.pdf>

-----, 2014. *Los derechos humanos de los pueblos indígenas: el Az Mapu y el caso mapuche*. Temuco: Ediciones Universidad Católica de Temuco. repositoriodigital.uct.cl/handle/10925/1804

-----, 2016. *Derechos indígenas, conflictos ambientales y territoriales: el caso mapuche*. Madrid: Irredentos Libros.

Aravena Rodríguez, Brandon Luis. 2018. Reseña bibliográfica de *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*, de Fernando Atria y Constanza Salgado, *Agua y Territorio* 11: 154-155. Universidad de Jaén. DOI 10.17561/at.11.3957

Arsel, Murat, Barbara Hogenboom, y Lorenzo Pellegrini. 2016. “The extractive imperative in Latin America”. *The Extractive Industries and Society* 3, n° 4: 880-887. DOI: 10.1016/j.exis.2016.10.014

Atria, Fernando y Constanza Salgado. 2015. *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Santiago: Legal Publishing.

Aylwin Oyarzún, José. 2014. “Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Avances jurídicos y brechas de implementación”. En *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, editado por Jane Felipe Beltrão, Jose Claudio Monteiro de Brito Filho, Itziar Gómez, Emilio Pajares, Felipe Paredes y Yanira Zúñiga, 275-300. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior. http://poblacion-indigena.iniciativa2025alc.org/wp-content/uploads/2017/04/98_DHGV_Manual.pdf

-----, 2021. *Pueblos indígenas y nueva Constitución en Chile*. Observatorio Ciudadano: Publicaciones. <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/05/pueblos-indigenas-y-nueva-constitucion-jos-aylwin.pdf>

-----, 2022. *¿Constitución indigenista? Análisis de normas referidas a derechos de pueblos indígenas en el borrador de nueva Constitución aprobado por el pleno de la Convención Constitucional a la luz del derecho internacional y comparado*. Observatorio Ciudadano: Publicaciones. https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2022/06/constitucion_indigenista.pdf

Aylwin Oyarzún, José, Cristóbal Carmona Caldera, Matías Meza-Lopehandía, Hernando Silva Neriz, y Nancy Yáñez Fuenzalida. 2016. *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*. Observatorio Ciudadano, Fundación Heinrich Böll.

Aylwin Oyarzún, José, Marcel Didier Von Der Hundt, Felipe Guerra-Schleef. 2019. *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas: Análisis crítico desde la sociedad civil*. Temuco: Observatorio Ciudadano. https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2019/06/interior-pan-empresas_y-derechos-humanos-imprenta.pdf

Aylwin Oyarzún, José y Johannes Rohr. 2021. *Los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas – Avances logrados, la brecha de la implementación y desafíos para la próxima década*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas y Derechos de los Pueblos Indígenas Internacional (IPRI - Indigenous Peoples Rights International). <https://www.iwgia.org/es/recursos/publicaciones/4429-ungp-10-es.html>

Banco Mundial. 2011. *Chile: Diagnóstico de la Gestión de Recursos Hídricos*. Santiago: Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe, 31 de marzo.

documents1.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPAN0le0GRH0final0DR0REV-0doc.pdf

------. 2013. *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*. Unidad de Ambiente y Aguas, Departamento de Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe, 28 de junio. <https://snia.mop.gob.cl/sad/ADM5439.pdf>

Baquedano, Manuel. 2018. “Una victoria de la ciudadanía”. En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 579-585. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Barandiaran, Javiera. 2015. “Chile's Environmental Assessments: Contested Knowledge in an Emerging Democracy”. *Science as Culture* 24, n° 3: 251-275. DOI: 10.1080/09505431.2014.992332

------. 2016. “The Authority of Rules in Chile’s Contentious Environmental Politics”. *Environmental Politics* 25, n° 6: 1013–1033. DOI: 10.1080/09644016.2016.1218156

Barandiaran, Javiera y Sebastián Rubiano-Galvis. 2019. “An Empirical Study of EIA Litigation Involving Energy Facilities in Chile and Colombia”. *Environmental Impact Assessment Review* 79: 106311. DOI: [10.1016/j.eiar.2019.106311](https://doi.org/10.1016/j.eiar.2019.106311)

Barrientos Martínez, Mario. 2015. “Indagación Sociocultural e Identificación de Sitios de Significación Cultural en la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, Lof Trankura”. Estudio antropológico, facilitado por el Observatorio Ciudadano.

Barros, Alonso y Judith Schönsteiner. 2014. “Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, editado por Tomas Vial, 203-245. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Cap_05_Barros_Schonsteiner_Debida_Diligenda_Informe_2014.pdf

Bauer, Carl J. 2009. “Dams and Markets: Rivers and Electric Power in Chile”. *Natural Resources Journal* 49, n° 3: 583-651. <https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1167&context=nrg>

------. 2015a. *Canto de sirenas: el Derecho de Aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Santiago: Ediciones El Desconcierto.cl. Segunda edición.

------. 2015b. “Water Conflicts and Entrenched Governance Problems in Chile’s Market Model”. *Water Alternatives* 8, n° 2: 147-172. <https://cjbauer.faculty.arizona.edu/sites/cjbauer.faculty.arizona.edu/files/Bauer%20Wtr%20Alt%20June%202015%20final.pdf>

------. 2016. “Represas y mercados: Ríos y energía eléctrica en Chile”. *Revista de Derecho Ambiental* 5: 9-68. Santiago: Centro Derecho Ambiental, Universidad de Chile. <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/40248/41803>

Baxi, Upendra. 2012. “Changing Paradigms of Human Rights. Epilogue”. En *Law Against the State: Ethnographic Forays into Law's Transformations*, editado por Julia Eckert, Brian Donahoe, Christian Strümpell y Zerrin Özlem Biner, 266-285.

Becker Lorca, Arnulf y Amaya Paulina Alvez Marín. 2020. “La Consulta indígena en Chile: ¿Derecho de participación o de libre determinación?”. *Estudios Sociales* 59, n° 2: 89-111.

Bene, Daniela Del. 2018a. “Hydropower and Ecological Conflicts: from Resistance to Transformations”. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona.

Berraondo López, Mikel. 2013. “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”. En *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, editado por Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo, 191-206. Bilbao: Universidad de Deusto.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). 2004. “Historia de la Ley N° 19.940. Regula sistemas de transporte de Energía Eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas, eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos”, 13 de marzo.

------. 2008. “Historia de la Ley N° 20.257. Introduce modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos respecto de la generación de energía eléctrica con fuentes de energías renovables no convencionales”, 1 de abril. https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=la_energy_dialog

Bidegain, Germán. 2016a. “Proyecto hidroeléctrico Doña Alicia”. Ficha proyecto *Lo que los conflictos producen: configuraciones y dinámicas de la conflictividad socio territorial en Chile y sus consecuencias sobre las políticas públicas y los territorios*, a cargo de los profesores Gonzalo de la Maza (Universidad de Los Lagos), Christian Martínez (Universidad de Los Lagos) y Antoine Maillet (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile). <http://proyectoconflictos.ulagos.cl/wp-content/uploads/2016/07/Central-Hidroel%C3%A9ctrica-Do%C3%B1a-Alicia.pdf>

------. 2016b. “Proyecto hidroeléctrico Añihuerraqui”. Ficha proyecto *Lo que los conflictos producen: configuraciones y dinámicas de la conflictividad socio territorial en Chile y sus consecuencias sobre las políticas públicas y los territorios*, a cargo de los profesores Gonzalo de la Maza (Universidad de Los Lagos), Christian Martínez (Universidad de Los Lagos) y Antoine Maillet (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile). <http://proyectoconflictos.ulagos.cl/wp-content/uploads/2016/07/Central-Hidroel%C3%A9ctrica-A%C3%B1ihuerraqui.pdf>

------. 2016c. “Proyecto hidroeléctrico El Rincón”. Ficha proyecto *Lo que los conflictos producen: configuraciones y dinámicas de la conflictividad socio territorial en Chile y sus consecuencias sobre las políticas públicas y los territorios*, a cargo de los profesores Gonzalo de la Maza (Universidad de Los Lagos), Christian Martínez (Universidad de Los Lagos) y Antoine Maillet (Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile). <http://proyectoconflictos.ulagos.cl/wp-content/uploads/2016/07/Central-Hidroel%C3%A9ctrica-El-Rinc%C3%B3n-Saltos-Truful-Truful.pdf>

Blichner, L. C. y A. Molander. 2008. “Mapping Juridification”. *European Law Journal* 13, n° 1: 36–54.

Boelens, Rutgerd, Leonten Cremers y Margreet Swarteven. 2011. “Justicia Hídrica: acumulación de agua, conflictos y acción de la sociedad civil”. En *Justicia Hídrica: Acumulación, Conflicto y Acción Social*, editado por Rutgerd Boelens, Leonten

Cremmers y Margret Swarteveen, 13-27. Lima: IEP; Fondo Editorial PUCP; Justicia Hídrica.

Bourdieu, Pierre. 1987. "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field". *Hastings Law Journal* 38: 805-853.

Brinks, Daniel M., Varun Gauri y Kyle Shen. 2015. "Social Rights Constitutionalism: Negotiating the Tension between the Universal and the Particular". *Annual Review of Law and Social Science* 11: 289-308.

Budds, Jessica. 2009. "Contested H2O: Science, Policy and Politics in Water Resources Management in Chile". *Geoforum* 40, n° 3: 418-430. DOI: 10.1016/j.geoforum.2008.12.008

Burchi, Stefano. 2012. "A Comparative Review of Contemporary Water Resources Legislation: Trends, Developments and an Agenda for Reform". *Water International* 37, n° 6: 613-627. DOI: 10.1080/02508060.2012.694800

Calfullan Pichuntrú, Nelson. 2018. "Justicia entre saberes y conflicto socioambiental por el uso de Agua en el Wallmapu: un análisis del caso de la Multinacional LAP en el sector del Lifko (Aguas Claras) Comuna de Melipeuco". Tesis de maestría. Universidad Católica de Temuco.

Cardoso, João Vitor y Millaray Rayen Pacheco-Pizarro. 2021. "Water Rights, Indigenous Legal Mobilization and the Hybridization of Legal Pluralism in Southern Chile". *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 54, n° 1: 117-146.

Carmona Caldera, Cristóbal. 2013. "La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile: hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas". Tesis de maestría, año lectivo 2012 v. 3, 15-141. Universidad Nacional de San Martín.

-----, 2020a. "¿La identidad cultural como límite de la Consulta Indígena en el SEIA? Notas para una subversión de la comprensión "procedimental" de la consulta". En *Derecho fundamental a la identidad cultural: Abordajes plurales desde América Latina*, editado por Juan Jorge Faundes y Silvina Ramírez, 343-359. Santiago: RIL Editores.

-----, 2020b. "Evaluación ambiental, consulta indígena y el desplazamiento de los derechos de los pueblos indígenas". *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 248: 199-232. DOI: 10.29393/RD248-17EACC10017

Carrasco Quiroga, Edesio. 2013. "Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT". *Revista chilena de derecho* 40, n° 1: 301-316. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100011

-----, 2017. "De Trillium a Central Los Cóndores: continuidad y cambio del recurso de protección ambiental en veinte años de jurisprudencia". *Justicia Ambiental* 9: 275-298.

Castro Garrido, Marcela, Sergio Millamán Manríquez, Javiera Niccodemi Aros, Alfredo Seguel Hernández y Hernando Silva Neriz. 2016. *Los impactos en derechos humanos de los proyectos de inversión hidroeléctrica en el territorio mapuche de la región de La Araucanía*. Temuco: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Grupo de Trabajo por los Derechos Colectivos.

Castro-Gómez, Santiago y Ramón Grosfoguel. 2007. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

Cayumán, Ange. 2021. “¿Cómo mi hijo no va a saber cómo crecen las plantas?”. Saber relacionarse con el territorio como forma de enfrentar al extractivismo”. En *Cuestionamientos al modelo extractivista neoliberal desde el sur Capitalismo, territorios y resistencias*, editado por Cristian Alister, Ximena Cuadra-Montoya, Dasten Julián-Vejar, Blaise Pantel y Camila Ponce, 613-622. Santiago: Ariadna Ediciones.

Cea Egaña, José Luís. 1997. “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”. *Ius et Praxis* 2, n° 2: 81-96. <https://www.redalyc.org/pdf/197/19720206.pdf>

Ceballos, Zoia Neira, Ana M. Alarcón, Ivonne Jelves, Paz Ovalle, Ana M. Conejeros y Vanessa Verdugo. 2012. “Espacios ecológico-culturales en un territorio Mapuche de la Región de La Araucanía en Chile”. *Chungara: Revista de Antropología Chilena* 44, n° 2: 313-323.

Celume Byrne, Tatiana. 2011. “Consideraciones jurídicas y económicas en la configuración de la publicación de las aguas en Chile”. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.

Centro de Derecho y Gestión de Aguas. 2016. “Las aguas en debate: contrapunto doctrinario”. *Huella Hídrica* 2. Santiago: Universidad Católica de Chile, Diciembre. <http://derechoygestionaguas.uc.cl/es/documentos/publicaciones/13-boletin-huella-hidrica-n-2-contrapunto-doctrinario/file>

Centro de Regulación y Competencia (Regcom). 2011. *Diagnóstico de dificultades legales y reglamentarias relativas al Catastro Público de Aguas*. Santiago: Universidad de Chile.

Centro para la Innovación y Fomento de las Energías Sustentables (CIFES). 2015. “Guía de Aspectos Clave en el Desarrollo de Proyectos ERNC”. http://dataset.cne.cl/Energia_Abierta/Estudios/CIFES/2015_Gu%C3%ADa-de-Gesti%C3%B3n-de-Proyectos-ERNC.pdf

Chile Sustentable. 2012. *Energía en Chile: ¿Para qué y para quién?*. Santiago: Chile Sustentable, Fundación Heinrich Boll. www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2016/01/Energia-para-que-para-quien-14marzo2013.pdf

Clark, C. 2017. “Of What Use is a Deradicalized Human Right to Water?”. *Human Rights Law Review* 17, n° 2: 231-260.

Cloud, Leslie y Fabien Le Bonniec. 2019. “Criminalization and Judicialization of Indigenous Peoples’ Rights in Chile. Current Dynamics”. En *Scales of Governance and Indigenous Peoples’ Rights*, editado por Irène Bellier y Jennifer Hays, 221-240. New York: Routledge.

Cloud, Leslie. 2017. “Los tribunales chilenos y la protección de los territorios indígenas: los desafíos de una resolución jurisprudencial de la discrepancia entre el modelo económico neoliberal chileno y la efectivación de los derechos indígenas”. En *Autodeterminação, autonomia territorial e acesso à justiça: povos indígenas em movimento na América*

Latina, editado por Ricardo Verdum y Edviges Marta Ioris, 99-124. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia.

Comaroff, Jean, and John L. Comaroff. 2006. "Law and Disorder in the the Postcolony: An Introduction". En *Law and Disorder in the Postcolony*, editado por Jean Comaroff y John L. Comaroff, 1-56. Chicago: University of Chicago Press.

Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA. 2016. *Informe Final*. Santiago: Ministerio del Medio Ambiente. <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/Informe-final-Comisión-Asesora-Presidencial.pdf>

Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO). 2014. *Proyección del consumo de electricidad en la minería del cobre 2014-2025*. https://boletin.cochilco.cl/descargas/estudios/informes/energia/proyeccion_consumo_elctricidad_2014-2015.pdf

Comisión Ciudadana-Técnico-Parlamentaria (CCTP). 2011. *Chile Necesita Una Gran Reforma Energética. Propuestas de la Comisión Ciudadana Técnico-Parlamentaria (CCTP) para la Transición hacia un Desarrollo Eléctrico Limpio, Seguro, Sustentable y Justo*. Santiago: Comité Editorial Comisión Ciudadana-Técnico-Parlamentaria.

Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche. 2008. *Informe de la Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche-Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Informes finales de los grupos de trabajo- Volumen 3 - Anexo, Tomo II. http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_7.pdf

Comisión Nacional de Productividad. 2019. *Calidad Regulatoria en Chile: una revisión de sectores estratégicos*. <https://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2019/09/Informe-Final-Revisión-Regulatoria-Sectores-Estratégicos.pdf>

Comité Consultivo de Energía. 2015. *Hoja de Ruta 2050. Hacia una energía sustentable e inclusiva para Chile*. Santiago: Ministerio de Energía. https://energia.gob.cl/sites/default/files/hoja_de_ruta_cc_e2050.pdf

Contesse, Jorge. 2012. "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile". En *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, coordinado por Jorge Contesse, 189-240. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). 2016. "Balance de Gestión Integral. Año 2015". http://www.dipres.gob.cl/597/articles-147092_doc_pdf.pdf

Cortez-Salas, Ana y Miguel Melín Pehuen. 2014. *Evaluación antropológica del impacto del proyecto Central de Paso Doña Alicia en comunidades mapuche de Curacautín*. Julio. Obtenido mediante correo personal de la abogada Manuela Royo.

Couso, Javier A., Alexandra Huneeus y Rachel Sieder. 2010. "Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America". Cambridge: Cambridge University Press.

Couto, Thiago BA y Julian D. Olden. 2018. "Global proliferation of small hydropower plants – science and policy". *Frontiers in Ecology and the Environment* 16, n° 2: 91-100. DOI: 10.1002/fee.1746

Crawford, G. y B. Andreassen. 2013. "Human Rights, Power and Civic Action: Theoretical Considerations". En *Human Rights, Power and Civic Action: Comparative*

Analyses of Struggles for Rights in Developing Countries, editado por B. Andreassen y G. Crawford, 1-21. London: Routledge.

Csiki, Shane y Bruce L. Rhoads. 2010. "Hydraulic and Geomorphological Effects of Run-of-river Dams". *Progress in Physical Geography* 34, n° 6: 755-780. DOI: 10.1177/0309133310369435

Cuadra Montoya, Ximena. 2021b. "Multiculturalismo neoliberal extractivo en la cuestión hidroeléctrica en territorio mapuche. Un análisis a la implementación de la consulta indígena en Chile". *Revista de Geografía Norte Grande* 80: 35-57.

Cultural Survival. 2015. *Indigenous Rights Violations in Chile*. ICESCR Shadow Report Submission. Massachusets, 22 de mayo.

-----, 2019. *Indigenous Rights Violations in Chile*. Alternative Report Submission, prepared for the 100th Session of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination. Massachusets, 5 de noviembre.

Cusicanqui, Silvia Rivera. 2016. "Etnicidad Estratégica, Nación y (Neo)Colonialismo en América Latina". *Alternativa. Revista de Estudios Rurales* 5: 65-87.

De Feyter, K., S. Parmentier, y C. Timmerman. 2011. *The Local Relevance of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Deemer, Bridget R., John A. Harrison, Siyue Li, Jake J. Beaulieu, Tonya Delsontro, Nathan Barros, José F. Bezerra-Neto, Stephen M. Powers, Marco A. Dos Santos y J. Arie Vonk. 2016. "Greenhouse Gas Emissions from Reservoir Water Surfaces: A New Global Synthesis". *BioScience* 66, n° 11: 949-964. DOI: 10.1093/biosci/biw117

Defensoría del Pueblo (DP). 2015. *Crisis humanitaria en La Guajira. Resolución Defensorial* 065. 3 de febrero, <http://www.defensoria.gov.co/es/public/resoluciones/3186/Resoluci%C3%B3n-Defensorial-065-de-2015-Defensorial.htm>

Dejusticia. 2022. "5 años del Estado de Cosas Inconstitucional en La Guajira: ¿qué ha cambiado?". 9 de mayo. <https://www.dejusticia.org/5-anos-del-estado-de-cosas-inconstitucional-en-la-guajira-que-ha-cambiado/>

Del Valle Rojas, C. 2015. "Racismo de estado y discriminación étnica en el relato de la justicia en Chile". *Oficios Terrestres* 1, n° 33: 18-38. <https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/oficiosterrestres/article/view/2625>

Dirección de Vialidad. 2016. "Balance de Gestión Integral. Año 2015". Santiago: Ministerio de Obras Públicas. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-147141_doc_pdf.pdf

-----, 2017. "Balance de Gestión Integral. Año 2016". Santiago: Ministerio de Obras Públicas. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-172596_doc_pdf.pdf

Dirección General de Aguas (DGA). 2000. *Catastro y Localización de Usos Públicos No Extractivos o Usos in situ del Agua*. Departamento de Estudios y Planificación (DGA), Universidad Austral de Chile. S.I.T. 65. <https://snia.mop.gob.cl/sad/USO2581.pdf>

-----, 2016. *Atlas del Agua. Chile 2016*. Santiago: Ministerio de Obras Públicas. <http://www.dga.cl/DGADocumentos/Atlas2016parte1-17marzo2016b.pdf>

Divanach, Mathilde y Diego Orueta. 2013. “Evolución de la normativa de la promoción de las ERNC”. <https://hrudnick.sitios.ing.uc.cl/alumno14/normativa/2025.html> (último acceso: 16 de octubre de 2020).

Donahoe, Brian. 2012. “Naming, Claiming, Proving? The Burden of Proof Issue for Russia’s Indigenous Peoples”. En *Law against the State: Ethnographic Forays into Law's Transformations*, editado por Julia Eckert, Brian Donahoe, Christian Strümpell, Zerrin Biner, 44-69. Cambridge: Cambridge University Press.

Donoso, Guillermo. 2003. *Mercados de agua: estudio de caso del Código de Aguas de Chile de 1981*. Santiago: CEPAL. <http://www.centralenergia.cl/uploads/2009/09/estudio-de-caso-codigo-de-agua.pdf>

-----, 2018. “Overall Assessment of Chile’s Water Policy”. En *Water Policy in Chile*, editado por Guillermo Donoso, 209-221. Cham: Springer.

Donoso, Sebastián. 2014. “Declaraciones de impacto ambiental y consulta indígena en el SEIA: Comentario a la tendencia de homologación de los impactos ambientales que exigen un EIA y la susceptibilidad de afectación directa del Convenio 169 OIT”. *Sentencias Destacadas* 10: 57-83.

Doran, Marie-Christine. 2017. “The Hidden Face of Violence in Latin America. Assessing the Criminalization of Protest in Comparative Perspective”. *Latin American Perspectives* 44, n° 5: 183-206. DOI: 10.1177/0094582X17719258.

Dourojeanni, Axel y Andrei Jouravlev. 1999. *El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad*. Santiago: División de Recursos Naturales e Infraestructuras, Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6380/s9910680_es.pdf;jsessionid=CB04F5C5ABFD1145DC127C0D5C62CD79?sequence=1

Dufey, Annie, Natacha C. Marzolf y Pablo Ceppi. 2010. *Instrumentos fiscales y no fiscales a las energías renovables en Chile*. División de Energía, Sector de Infraestructura y Medio Ambiente, Documento de Políticas IDB-PB-118, Banco Interamericano de Desarrollo.

Dugard, Jackie y Malcolm Langford. 2011. “Art or Science? Synthesising Lessons from Public Interest Litigation and the Dangers of Legal Determinism”. *South African Journal on Human Rights* 27, n° 1: 39-64. DOI: 10.1080/19962126.2011.11865004

Dugard, Jackie. 2022. “Water rights struggles in Johannesburg and Detroit revisited: Looking beyond Courts at the Politics and Power of Rights-Based Legal Mobilization”. *Journal of Human Rights Practice*, huac011: 1-13. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huac011>

Durán Soto, Álvaro. 2014. “El derecho a consulta de los pueblos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno, su estándar a la luz de la Jurisprudencia nacional e internacional”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae* 2: 101-161.

-----, 2021a. “La susceptibilidad de afectación directa como requisito de procedencia de la consulta a los pueblos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. *Revista De Derecho Universidad De Concepción*, 89(250), 393-421. <https://doi.org/10.29393/RD250-11SAAD10011>

Eckert, Julia, Zerrin Biner, Brian Donahoe, Christian Strümpell. 2012. “Law’s Travels and Transformations”. En *Law against the State: Ethnographic Forays into Law’s Transformations*, editado por Julia Eckert, Brian Donahoe, Christian Strümpell y Zerrin Özlem Biner, 1–22. Cambridge: Cambridge University Press.

Eckert, Julia. 2012. “Rumours of Rights”. En *Law against the State Ethnographic Forays into Law’s Transformations*, editado por Julia Eckert, Brian Donahoe, Christian Strümpell y Zerrin Özlem Biner, 147 – 170. Cambridge: Cambridge University Press.

Ecosistemas. 2018. “La falsa solución de las grandes represas. La muerte de los ríos”. Santiago: Ecosistemas. https://www.ecosistemas.cl/wp-content/uploads/2016/01/Revista-La-Falsa-solucion_ene-2018.pdf

Egré, Dominique y Joseph C. Milewski. 2002. “The Diversity of Hydropower Projects”. *Energy Policy* 30, n° 14: 1225–1230. DOI: 10.1016/S0301-4215(02)00083-6

Electricidad: La Revista Energética de Chile. 2016. “Transmisión: ¿Polos de desarrollo o zonas de sacrificio?”. *Electricidad. La Revista Energética de Chile*, 19 de abril. <https://www.revistaei.cl/2016/04/19/transmision-polos-de-desarrollo-o-zonas-de-sacrificio/>

------. 2019. “Hidroelectricidad: tiempo de adaptación”. *Electricidad. La Revista Energética de Chile*, 7 de junio. <https://www.revistaei.cl/reportajes/hidroelectricidad-tiempo-de-adaptacion/>

Embid, Antonio y Líber Martín. 2017. *El Nexo entre el agua, la energía, y la alimentación en América Latina y el Caribe. Planificación, marco normativo e identificación de interconexiones prioritarias*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago: CEPAL. <https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2017/04/El-Nexo-entre-el-agua-energla-alimentacion-ALyC.pdf>

Englund, H. 2012. “Human Rights and Village Headmen in Malawi: Translation beyond Vernacularisation”. En *Law against the State: Ethnographic Forays into Law’s Transformations*, editado por Julia Eckert, Brian Donahoe, Christian. Strümpell, Zerrin Biner, 70-93. Cambridge: Cambridge University Press.

Enlace Mapuche Internacional, Agua que has de Beber, ONG Forestales por el Bosque Nativo y Auspice Stella – Mapuche Human Rights Commission (MHRC). 2015. *El Agua como Derecho Humano*. Documento presentado en el Cuarto Informe Periódico del Estado de Chile ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Informe Mapuche Alternativo, 23 de abril.

Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade (EJOLT). 2020. “Atlas de Justicia Ambiental”. <https://ejatlas.org/country/chile>

Epp, Charles R. 1998. *The rights revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Escobar, Arturo. 1998. “Whose Knowledge, Whose nature? Biodiversity, Conservation, and the Political Ecology of Social Movements”. *Journal of Political Ecology* 5, n° 1: 53-82.

------. 2010. “Territorios de diferencia: Lugar, movimientos, vida, redes”. Popayán: Envió editores. <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/Territorios.pdf>

-----, 2015. “Territorios de diferencia: la ontología política de los “derechos al territorio”. *Cuadernos de Antropología Social* 41: 25-38. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Estudios de Medio Ambiente y Gestión S.A. 2010. *Identificación de dificultades en la tramitación de permisos de proyectos del sector eléctrico*. Santiago: Ministerio de Energía.

[https://comisionenergia-my.sharepoint.com/personal/infoestadistica_cne_cl/Documents/energia_abierta/Centro_de_Informaci%c3%b3n/Estudios/Minerg/22.Informe%20Final%20Estudio%20MINENERGIA_corregido\(1079\).pdf?ga=1](https://comisionenergia-my.sharepoint.com/personal/infoestadistica_cne_cl/Documents/energia_abierta/Centro_de_Informaci%c3%b3n/Estudios/Minerg/22.Informe%20Final%20Estudio%20MINENERGIA_corregido(1079).pdf?ga=1)

Falk, Richard, Balakrishnan Rajagopal y Jacqueline Stevens. 2006. “Reshaping Justice: International Law and the Third World: An Introduction” *Third World Quarterly* 27, n° 5: 711–12. <http://www.jstor.org/stable/4017772>

Faundes Peñafiel, Juan Jorge. 2010. “Primera sentencia que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 1: 97-113.

-----, 2015. *Convenio N° 169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. I. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio*. Dirección de Estudios de la Corte Suprema: Colecciones Jurídicas.

-----, 2020. “Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas”. En *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*, editado por S. Bozzo, R. Remeseiro e I. Esis, 359-401. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile.

Fay, Derick. 2013. “Neoliberal Conservation and the Potential for Lawfare: New Legal Entities and the Political Ecology of Litigation at Dwesa-Cwebe, South Africa.” *Geoforum* 44: 170-181.

Feedback y Deuman. 2015. *Energía 2050. Encuestas deliberativas*. Solicitud de información AU002T0002086, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 6 de mayo de 2020.

Fernández Diego, Inmaculada y Arsenio Ramón Robles Díaz. 2012. “Centrales de generación de energía hidráulica”. Unidad didáctica 3: centrales hidráulicas, Universidad de Cantabria, 2012. <https://ocw.unican.es/pluginfile.php/1160/course/section/1407/bloque-energia-III.pdf>

Flores Chávez, Mario y Natalia Ciudad Castillo. 2017. “Evidenciando las políticas de desarrollo en el conflicto de la comunidad Lifko-Melipeuco, a partir del proyecto hidroeléctrico “El Rincón”. *Revista de Ciencias Sociales* 70: 59-73. Universidad de Valparaíso.

Franciscans International, Dominicans for Justice and Peace y Peace Brigades International. 2020. *Contribución a la lista de preguntas. Examen de Guatemala*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 67 periodo de pre-sesión, 19-23 octubre 2020.

Fuenzalida, Sergio. 2015. “Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema”. *Revue québécoise*

de droit international, 149-177. Persée: Université de Lyon, CNRS & ENS de Lyon.
<https://doi.org/10.7202/1067945ar>. https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQDI_HS201503_8_B.pdf

Fundación 1367. 2015. *El derecho a la salud: Derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Informe Alternativo, presentación ante el cuarto Informe Periódico del Estado de Chile Ante el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos Sociales y Culturales, 16 de abril.
<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/794/Informe%20Español.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Fundación Endesa. 2020. “Central Hidroeléctrica”.
<https://www.fundacionendesa.org/es/centrales-renovables/a201908-central-hidroelectrica> (último acceso: 7 de Junio de 2020).

Fundación para el Debido Proceso. 2015. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso.
https://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

Galanter, Marc. 1974. “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”. *Law and Society Review* 9: 95–160.

Gallardo, Roberto Andrés, Ana Inés Algorta Latorre, Janet Tello Gilardi, María Julia Figueredo Vivas, Gustavo Daniel Moreno y Daniel Urrutia Laubreaux. 2021. “Detectar y neutralizar el lawfare para preservar la democracia y los derechos sociales”. Acceso el 15 noviembre.
https://www.copaju.org/files/ugd/5f6cc0_cd26f19ba7d14e669764b3a0e576f971.pdf

Gargarella, Roberto. 2005. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila srl.

------. 2020. “Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas”. Special workshop: Constitutional Reform as a Legal-Philosophical Problem, 7-13 julio, Lucerna.

Giraudó, Laura y Flavia Carbonell. 2008. “Repensando el Derecho indígena: acerca de su conceptualización, protección y juridificación”. *En Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, editado por Laura Giraudó, 293-309. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gladina, Edson. 2016. “El cambio de paradigma político dentro de la política energética actual”. Tesis de pregrado. Universidad Andrés Bello.

Gleick, Peter H. 1992. “Environmental Consequences of Hydroelectric Development: the Role of Facility Size and Type”. *Energy* 17, n° 8: 735-747. DOI: 10.1016/0360-5442(92)90116-H

Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights y Red de Nuevo Pacto Social. 2020. *Presentación al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, para la formulación del Listado de Cuestiones Previas al Informe de Chile – Quinto Informe Periódico del Estado de Chile*. Informe conjunto alternativo, Febrero.

Global Witness. 2019. *¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente*. Julio. <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>

------. 2021. *Última línea de defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente*. Septiembre. <https://www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/>

Gloppen, Siri. 2008. "Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy." En *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*, editado por Anis A. Dani y Arjan de Haan, 343-367. Washington D.C.: Banco Mundial.

------. 2017. "Conceptualising lawfare. A Typology and Theoretical Framwork". Curso de doctorado: Effects of Lawfare: Courts and Law as Battlegrounds for Social Change, Chr. Michelsen Institute, Universidad de Bergen, agosto 17-25. https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork

Goldstein, Brooke and Aaron Eitan Meyer. 2009. "Legal Jihad: How Islamist Lawfare Tactics are Targeting Free Speech". *ILSA Journal of International and Comparative Law* 15: 395-410.

Gómez Isa, Felipe y Mikel Berraondo López. 2013. *Los derechos indígenas tras la Declaración el desafío de la implementación*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Gómez Isa, Felipe. 2014. "El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en Colombia". *Anuario Español de Derecho Internacional* 30: 431-455.

------. 2017. "The Decision by the Inter-American Court of Human Rights on the Awas Tingni vs. Nicaragua Case (2001): The Implementation Gap". *The Age of Human Rights Journal* 8: 67–91. <https://doi.org/10.17561/tahrj.n8.4>

González Delgado, Ramiro. 2001. "El mundo de los muertos en los relatos mapuches". *Historia, Antropología y Fuentes Orales* 26: 109-139.

González, María Ximena. 2020. "Tres años de ríos con derechos: Agencia Colectiva de ontologías comunitarias sobre el agua". Proyecto RIVERS - Water/Human rights beyond the human?, Universidad Carlos III, Getafe. <https://rivers-ercproject.eu/es/tres-anos-de-rios-con-derechos-agencia-colectiva-de-ontologias-comunitarias-sobre-el-agua/>

González-Serrano, María Jacinta y Lieselotte Viaene 2021. "La acción jurídica indígena en Guatemala. Voces de resistencia y conexión de mundos ante las Cortes". En *Aguas turbias. Extractivismo (neo)liberal, acción jurídica indígena y la transformación del Estado en Guatemala*, editado por Lieselotte Viaene y María Jacinta Xón Riquiac, 15-54. Madrid: Proyecto ERC RIVERS – Universidad Carlos III de Madrid.

Goodale, Mark. 2017. *Anthropology and Law: A Critical Introduction*. New York: New York University Press. DOI: 10.2307/j.ctt1ggjjgh

Grebe, Maria Ester. 1993. "El subsistema de los ngen en la religiosidad mapuche". *Revista Chilena de Antropología* 12: 45-64. doi:10.5354/0719-1472.2011.17587

------. 2000. "Relaciones hombre/naturaleza en la cultura Mapuche. Los Ngen: sus implicancias y proyecciones socioculturales". IX Jornada de alternativas religiosas en América Latina. Buenos Aires, Octubre.

Grosfoguel, Ramón. 2016. “Del «extractivismo económico» al «extractivismo epistémico» y al «extractivismo ontológico»: una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo”. *Tabula Rasa* 24: 123-143. DOI: 10.25058/20112742.60

Guerra-Schleef, Felipe y Gonzalo Sánchez Sandoval. 2021. “La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile”. *Ius et Praxis* 27, n° 3: 24-44.

Guerra-Schleef, Felipe. 2015. “Usos redundantes de la concurrencia jurisdiccional para la impugnación de la actuación administrativa en Chile”. Tesis de master: Universidad Austral de Chile.

-----, 2017. “Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile”. *Revista Justicia Ambiental* 9: 19-38.

-----, 2019a. “Tomándonos en serio los principios del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: el caso de la Central Hidroeléctrica Doña Alicia (Corte Suprema)”. *Revista de Derecho (Valdivia)* XXXII, n° 2: 299-326.

Häberle Orrego, Carolina y Constanza Pelayo Díaz. 2015. “Judicialización de los proyectos de inversión en el sistema de evaluación de impacto ambiental. Acción de protección v/s acciones propuestas en la Ley no. 20.600”. Tesis de grado: Universidad de Chile.

Hale, Charles y Millamán, Rosamel. 2006. “Cultural Agency and Political Struggle in the Era of the ‘Indio Permitido’”. En *Cultural Agency in the Americas*, editado por D. Sommer, 281-304. Durham: Duke University Press.

Handmaker, J. y A. Arts. 2018. *Mobilising International Law for ‘Global Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Handmaker, J.D. 2019. “Researching Legal Mobilisation and Lawfare”. ISS Working Papers - General Series n° 641. International Institute of Social Studies: Erasmus University. <http://hdl.handle.net/1765/115129>

Hearne, Robert y Guillermo Donoso. 2014. “Water Markets in Chile: Are They Meeting Needs?”. En *Water Markets for the 21st Century, What Have we Learned?*, editado por William Easter y Huang Qiuqiong, 103–126. Dordrecht: Springer. DOI: [10.1142/S2382624X15800053](https://doi.org/10.1142/S2382624X15800053)

Hearne, Robert. 2018. “Water Markets”. En *Water Policy in Chile*, editado por Guillermo Donoso, 117-130. Cham: Springer.

Hennig, Thomas y Tyler Harlan. 2018. “Shades of Green Energy: Geographies of Small Hydropower in Yunnan, China and the Challenges of Over-Development”. *Global Environmental Change* 49: 116-128. DOI: [10.1016/j.gloenvcha.2017.10.010](https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2017.10.010)

Hennig, Thomas, Wenling Wang, Yan Feng, Xiaokun Ou y Daming He. 2013. “Review of Yunnan's Hydropower Development. Comparing Small and Large Hydropower Projects Regarding their Environmental Implications and Socio-Economic Consequences”. *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 27: 585-595. DOI: [10.1016/j.rser.2013.07.023](https://doi.org/10.1016/j.rser.2013.07.023)

Hernando-Arrese, Maite y Alberto M. G. Arce. 2015. “Ontologías y Territorios en Conflicto: el impulso a las Energías Renovables en el sur de Chile”. *Revista Austral de Ciencias Sociales* 22: 85-100.

Hernando-Arrese, Maite. 2017. “La vida social de los ríos y los conflictos hidroeléctricos en el Wallmapu”. En *A contracorriente: agua y conflicto en América Latina*, editado por Gisselle Vila Benites y Cristóbal Bonelli, 137-158. Quito: Justicia Hídrica, Abya Yala.

Hervé, Dominique y Débora Bascur. 2019. “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el SEIA por los Tribunales Ambientales: ¿Avance o retroceso?”. *Justicia ambiental y climática, Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, año 11, n° 11: 197-234.

Hickel, Jason y Giorgos Kallis. 2020. “Is Green Growth Possible?”. *New Political Economy* 25, n° 4: 469-486. DOI: 10.1080/13563467.2019.1598964

Hirschl, Ran. 2004. “Juristocracy – Political Not Juridical”. *The Good Society* 13, n° 3: 6-11.

Höhl, Johanna. 2020. “Pueblos indígenas, recursos y gobernanza. Un análisis de la consulta indígena como parte de la Evaluación de Impacto Ambiental del proyecto hidroeléctrico Añihuerraqui, Región de la Araucanía, Chile”. *Investigaciones Geográficas* 59: 28–40.

Holiday Nelson, Sara. 2015. “Beyond the Limits to Growth: Ecology and the Neoliberal Counterrevolution”. *Antipode* 47, n° 2: 461-480. DOI: 10.1111/anti.12125

Horvath, Antonio. 2015. *La revolución de los territorios y de las energías. Patagonia, aguas, glaciares y borde costero libres*. Santiago: LOM Ediciones.

Información para el Desarrollo Productivo Ltda (INFODEP). 2016. *Elaboración de una base digital del clima comunal de Chile: línea base (1980-2010) y proyección al año 2050*. Santiago: Ministerio del Medio Ambiente, Departamento de Cambio Climático. https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Clima-Comunal Informe Final 29_08_2016-web.pdf

Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder). 2010. “Proyecto Multipropósito Río Ranchería”. http://www.incoder.gov.co/documentos/Proye_Rancheria.pdf

Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible - IDLADS PERÚ. 2015. *Litigio estratégico por la defensa del ambiente y de los pueblos indígenas*. Lima: IDLADS.

-----, 2020. *El litigio estratégico por los pueblos indígenas afectados por derrames de petróleo en la Amazonía Peruana: Caso del Oleoducto Norperuano*. Lima: IDLADS. <https://idladsperu.org.pe/wp-content/uploads/2021/07/Litigio-estrategico-por-los-Derrames-de-Petroleo.pdf>

-----, 2021. *La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado en concesiones mineras, petroleras y eléctricas*. Primera edición. Volumen 5. Lima: IDLADS. <https://idladsperu.org.pe/wp-content/uploads/2022/05/Libro-de-Consulta-Previa-y-el-consentimiento-libre-previo-e-informado-en-las-concesiones-de-energia-y-minas-IDLADS-PERU-1.pdf>

Instituto de Defensa Legal. 2020. “Un balance anual del litigio estratégico para el cambio social”. Lima: Área de Justicia Constitucional. <https://www.idl.org.pe/portfolio/15938-2/>

Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH). 2013a. *El deber de consulta previa en la propuesta de reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental*. Minuta aprobada por el INDH, Sesión Extraordinaria 152, 13 de mayo. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/529/minuta?sequence=1>

------. 2013b. *Informe Misión de Observación: Araucanía 2013. Proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas mapuche*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos, mayo. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/589/Informe%20Misión?sequence=1&isAllowed=y>

------. 2013c. *Informe Complementario CERD. Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/558/informe-CERD?sequence=1&isAllowed=y>

------. 2013d. “Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile”. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/605/INFORME%20ANUAL%202013.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

------. 2014. *Informe complementario Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Marzo. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/645/Informe%20CDESC.pdf?sequence=1>

------. 2016 y 2021 (actualización). *Mapa de conflictos socioambientales en Chile*. Mayo. Santiago: INDH. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/989/libro.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

------. 2019. *Informe Complementario sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD)*. Informes periódicos 22º y 23º combinados.

------. 2020a. “Of. Ord. N° 559 (Amicus curiae caso Llancalil)”. Respuesta a solicitud de información CO001T0001023. Obtenido a través del Portal Transparencia, 15 de julio.

------. 2020b. *Informe Misión de Observación Proyecto Central Hidroeléctrica “Los Aromos*. Santiago: INDH. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/773/mision-los-aromos.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Jaccard, Mark, Noel Melton y John Nyboer. 2011. “Institutions and Processes for Scaling up Renewables: Run-of-river Hydropower in British Columbia”. *Energy Policy* 39, n° 7: 4042-4050. DOI: oi.org/10.1016/j.enpol.2011.02.035

Jaeger Cousiño, Pablo. 2006. “Del deseo a la necesidad: Lo importante de las modificaciones al Código de Aguas”. ACHASS. <https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/1/35691/AguasSubterranasACHASSarticuloIrevista2006.pdf>

Jaeger, Pablo y Humberto Peña. 2015. “Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas”. En *Actas de Derecho de Aguas* 5: 91-112. XV Jornadas de Derechos de Aguas. Santiago: Universidad Católica de Chile.

Jiménez, Luis y Salvador Millaleo. 2016. *Propuestas para consultas de proyectos de inversión a Consejo de CONADI y a la Comisión Presidencial de Evaluación del Sistema de Evaluación Ambiental*. Santiago: Ministerio del Medio Ambiente.

Kelly-Richards, Sarah, José Miguel Valdés Negroni y Felipe Guerra-Schleef. 2017a. *El Desarrollo de Centrales Hidroeléctricas en el Territorio de las Comunidades Mapuche-Williche de la Cuenca del Lago Ranco y Lago Maihue, Puelwillimapu*. Environment & Society Fellowship Report. Tucson: Climate Assessment of the Southwest, University of Arizona.

Kelly-Richards, Sarah, Noah Silber-Coats, Arica Crootoof, David Tecklin y Carl Bauer. 2017b. "Governing the Transition to Renewable Energy: A Review of Impacts and Policy Issues in the Small Hydropower Boom". *Energy Policy* 101: 251–264. DOI: [10.1016/j.enpol.2016.11.035](https://doi.org/10.1016/j.enpol.2016.11.035)

Kelly-Richards, Sarah. 2018. "Articulating Indigenous Rights amidst Territorial Fragmentation: Small Hydropower Conflicts in the Puelwillimapu, Southern Chile". Tesis doctoral. The University of Arizona, School of Geography and Development. <https://repository.arizona.edu/handle/10150/628419>

-----, 2019. "Megawatts Mask Impacts: Small Hydropower and Knowledge Politics in the Puelwillimapu, Southern Chile". *Energy Research and Social Science* 54: 224-235. DOI: 10.1016/j.erss.2019.04.014

Kibler, Kelly M. y Desiree D. Tullos. 2013. "Cumulative Biophysical Impact of Small and Large Hydropower Development in Nu River, China". *Water Resources Research* 49: 3104–3118. DOI: 10.1002/wrcr.20243

Kirsch, Stuart. 2012. "Juridification of Indigenous Politics". En *Law against the State: Ethnographic Forays into Law's Transformations*, editado por J. Eckert, B. Donahoe, C. Strümpell, & Z. Biner, 22-43. Cambridge Studies in Law and Society. Cambridge: Cambridge University Press. DOI:10.1017/CBO9781139043786.002

-----, 2018. "Dilemmas of an Expert Witness in the Amazon". The Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame, Working Paper #428.

Klein, Naomi. 2010. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Paidós Ediciones.

Klemm, J. 2016. "El engaño a los ríos: energía hidroeléctrica de filo de agua". *International Rivers*. <https://www.internationalrivers.org/blogs/352-6>

Kucukali, Serhat y Kemal Baris. 2009. "Assessment of Small Hydropower (SHP) Development in Turkey: Laws, Regulations and EU Policy Perspective". *Energy Policy* 37, n° 10: 3872–3879. DOI: 10.1016/j.enpol.2009.06.023

Kumar, Deepak y S.S. Katoch. 2015a. "Small hydropower development in western Himalayas: Strategy for faster implementation". *Renewable Energy* 77: 571-578.

-----, 2015b. "Sustainability Suspense of Small Hydropower Projects: A Study from Western Himalayan Region of India". *Renewable Energy* 76: 220-233. DOI: doi.org/10.1016/j.renene.2014.11.025

Langford, Malcolm. 2008. "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory". En *Social Rights Jurisprudence – Emerging Trends in International and Comparative Law*, editado por M. Langford, 39-43. Cambridge: Cambridge University Press.

Larraín Matte, Bernardo. 2012. “Carta de Colbún a la Superintendencia de Seguros y Valores”, 30 de mayo. http://www.svs.cl/documentos/hes/hes_2012050071858.pdf (último acceso: 12 de julio de 2020).

Larraín, Sara y Colombina Schaeffer. 2016. *Crítica a la hidroelectricidad en Chile y propuestas ciudadanas*. Aisén Reserva de Vida, Colectivo Viento Sur, Comité Pro Defensa de la Flora y Fauna (Codeff), Consejo de Defensa de la Patagonia, Coordinadora Ciudadana Ríos del Maipo, Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén (Codesa), Ecosistemas, Ética en los Bosques, Geute Conservación Sur, Instituto de Ecología (IEP), Observatorio Ciudadano y Programa Chile Sustentable. Santiago: Fundación Heinrich Böll. www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2016/01/Critica-a-la-Hidroelectricidad-y-Propuestas-Ciudadanas-Enero-2016.pdf

Larraín, Sara y Pamela Poo. 2010. *Conflictos por el agua en Chile: entre los derechos humanos y las reglas de mercado*. Santiago: Chile Sustentable. https://cl.boell.org/sites/default/files/05_conflictos_por_el_agua_chile.pdf

Larraín, Sara, Flavia Liberona y Juan Pablo Orrego. 2016. “Carta organizaciones se restan de Mesa Hidroelectricidad Sustentable”, 1 de agosto. https://issuu.com/psegura/docs/carta_a_ministro_pacheco.docx

Larraín, Sara. 2014. *Acceso, protección y derecho humano al agua en Chile: propuestas de reformas legales y constitucionales*. Santiago: Chile Sustentable, Coordinadora por la Defensa del Agua y la Vida. www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2014/10/Acceso-Proteccion-y-Derecho-Humano-al-Agua-en-Chile.pdf

Le Bonniec, Fabien y Gertrudis Payàs. 2021. “Entender la justicia y las injusticias en Wallmapu a través los estudios interculturales como propuesta de con-vivir”. En *Estudios Interculturales desde el Sur: procesos, debates y propuestas.*, editado por Mario Samaniego Sastre, 37-64. Santiago: Ariadna Ediciones. <https://ariadnaediciones.cl/images/pdf/EstudiosInterculturalesDesdeElSur.pdf>

Le Bonniec, Fabien, Rosamel Millamán, Wladimir Martínez, Pamela Nahuelcheo. 2021. “El lugar de la interculturalidad en la justicia chilena. Experiencia de investigación en torno a la elaboración de un protocolo de atención a usuarios mapuche en el sur de Chile”. *Revista Austral de Ciencias Sociales* 41: 219-237. DOI: 10.4206/rev.austral.cienc.soc.2021.n41-11

Le Bonniec, Fabien. 2014. “¿Hay discriminación en los tribunales del sur de Chile? Razones para una etnografía del campo jurídico en la Araucanía?”. En *Sociología del Derecho en Chile. Libro homenaje a Eduardo Fuenzalida*, editado por Salvador Millaleo, Juan Carlos Oyanedel, Daniel Palacios y Hugo Rojas, 175-199. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.

Lemaitre Ripoll, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Liermann, Catherine Reidy, Christer Nilsson, James Robertson y Rebecca Y. Ng. 2012. “Implications of Dam Obstruction for Global Freshwater Fish Diversity”. *BioScience* 62, nº 6: 539-548. DOI: 10.1525/bio.2012.62.6.5

Lillo, Diego y Antonia Berríos. 2020. “Entendiendo la regla general de la invalidación de actos de carácter ambiental: más allá de la invalidación impropia”. *Justicia Ambiental, Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA* 12: 303-340.

Liu, D., H. Liu, X. Wang, y E. Kremere. 2019. *World Small Hydropower Development Report 2019. Americas*. United Nations Industrial Development Organization; International Center on Small Hydro Power.

Llancamán Cárdenas, Martín. 2020. “Pluralidad de significado en los bienes comunes: mirada Mapuche hacia la defensa de las aguas”. *Polis Revista Latinoamericana* 57: 37-51.

López Vega, Ramón, Eugenio Figueroa Benavides, y Pablo Gutiérrez C. 2013. *La ‘parte del león’: Nuevas estimaciones de la participación de los súper ricos en el ingreso de Chile*. Serie Documentos de Trabajo 379, Universidad de Chile, Santiago, marzo, 1-32. <https://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/306018fadb3ac79952bf1395a555a90a86633790.pdf>

López Vyhmeister, Ricardo y Tania Mohr Aros. 2014. “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?”. *Revista de Derecho* 27, n° 1: 105-126. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502014000100005

Lovera Parmo, Domingo. 2017. “Indigenous Peoples and the Sale of Water Rights: The Case of Chile”. En *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*, editado por Malcolm Langford y Anna Russell, 57-83. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/9780511862601.005

Loyola, Rafael. 2018. “Fallo de la Corte Suprema referido al proyecto mini hidro “Doña Alicia”. *Boletín APEMEC*, agosto. [http://www.apemec.cl/wp-content/uploads/2018/08/Boletin_Agosto2018 .pdf](http://www.apemec.cl/wp-content/uploads/2018/08/Boletin_Agosto2018.pdf)

Madariaga, Aldo y Edson Gladina. 2018. “La transformación de la política energética como cambio de paradigma”. En *La constitución social, política y moral de la economía chilena*, editado por Felipe González y Aldo Madariaga, 379-421. Santiago: RIL Editores/ Universidad Central.

Madariaga, Aldo y Mathilde Allain. 2018. “Contingent Coalitions in Environmental Policymaking: How Civil Society Organizations Influenced the Chilean Renewable Energy Boom”. *Policy Studies Journal* 48, n° 3: 672-699. DOI: 10.1111/psj.12298

Maillet, Antoine y Adrián Albala. 2018. “Conflictos socioambientales en los proyectos eléctricos en Chile (2005-2016): Un análisis configuracional”. *América Latina Hoy* 79: 125-149. <https://doi.org/10.14201/alh201879125149>
https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/138759/Conflictos_socioambientales_en_los_proye.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Maillet, Antoine y Joaquín Rozas Bugueño. 2019. “Hibridación de las políticas neoliberales. El caso de la reforma a la política eléctrica en Chile (2014-2016)”. *Gestión y política pública XXVIII*, n° 1: 207-235. DOI: 10.29265/gypp.v28i1.546

Mancisidor, Mikel. 2008. “Los paradigmas del agua”. En *El derecho humano al agua: situación y retos de futuro*, editado por Natalia Uribe y Mikel Mancisidor, 85-110. Barcelona: Icaria.

Mansilla-Quñones, Pablo. 2016. *Análisis de los impactos territoriales del proyecto central hidroeléctrica de paso Doña Alicia*. Marzo. Obtenido mediante correo personal de la abogada Manuela Royo.

Martínez de Bringas, Asier. 2020. "Strategic Litigation as a Framework for the Protection of Indigenous Rights. An Analysis of Some of the Achievements, Difficulties and Challenges Involved". *The Age of Human Rights Journal* 15: 117–139.

Martínez Espinoza, Manuel Ignacio. 2015. "Reconocimiento sin implementación Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 60, nº 224: 251-277.

Martínez, Richard. 2018. "Inventario nacional de gases de efecto invernadero de Chile, serie temporal 1990-2016". En *Tercer informe bienal de actualización de Chile sobre cambio climático*, editado por Ministerio del Medio Ambiente, 65-112. bosques.ciren.cl/handle/123456789/29222

Matamala, Macarena. 2013. *Impactos al patrimonio cultural derivados de la construcción de la central hidroeléctrica Pangui, en la comuna de Curarrehue, provincia de Cautín, región de la Araucanía*. Mayo.

Matamala, Daniel. 2016. *Poderoso caballero. El peso del dinero en la política chilena*. Santiago: Catalonia; UDP, Escuela de Periodismo.

Maturana, Francisco, Manuel Fuenzalida, Federico Arenas y Cristian Henríquez. 2017. "La planificación territorial en Chile y el proceso de descentralización". En *¿Para qué descentralizar? Centralismo y políticas públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*, editado por Camilo Vial Cossani y José Andrés Hernández Bonivento, 181-208. Santiago: Universidad Autónoma de Chile e Instituto Chileno de Estudios Municipales.

Mccammon, Holly J. and Allison R. McGrath. 2015. "Litigating Change? Social Movements and the Court System." *Sociology Compass* 9: 128-139.

McCann, Michael W. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

----- . 1996. "Causal versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...)". *Law & Social Inquiry* 21, nº 2: 457–82. <http://www.jstor.org/stable/828850>.

----- . 2006. "Law and Social Movements: Contemporary Perspectives". *Annual Review of Law and Social Science* 2: 17–38.

McCloskey, Robert G. 1994. *The American Supreme Court*. Revisado por Sanford Levinson, 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press.

Meier, Claudio, Gerardo Azócar, Óscar Link, Paulina Flores y Esteban Flores. 2015a. *Estándares Internacionales de Sustentabilidad para la Hidroelectricidad y Posibilidades de Implementación en Chile. Informe Final*. Santiago: División de Desarrollo Sustentable, Subsecretaría de Energía, Ministerio de Energía. [http://energiaabierta.cl/estudios/?key=hidroelectricidad+sustentabilidad&categoria-e=&organismo-e=&from=&to=&lang=](http://energiaabierta.cl/estudios/?key=hidroelectricidad+sustentabilidad&categoria=e=&organismo-e=&from=&to=&lang=)

Meier, Claudio, Rodrigo López, Marcelo Araya, Patricio de la Fuente, Esteban Flores, Gerardo Azócar y Paulina Flores. 2015b. *Análisis de medidas de mitigación para los efectos de las variaciones intradiarias de caudal, producto de la generación de punta*. Concepción: División de Desarrollo Sustentable, Subsecretaría de Energía, Ministerio de Energía. <http://www.biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/565>

Melín, Miguel, Pablo Mansilla y Manuela Royo. 2017. *MAPU CHILLKANTUKUN ZUGU: Descolonizando el Mapa del Wallmapu, Construyendo Cartografía Cultural en Territorio Mapuche*. Temuco: Pu Lof Editoriales Ltda. <https://www.oidp.net/docs/repo/doc558.pdf>

Merry, Sarah Eagle. 2006. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: Chicago University Press.

Meza-Lopehandía, Matías, Nancy Yáñez Fuenzalida y Hernando Silva Neriz. 2014. “El derecho a la consulta y su incorporación al sistema jurídico chileno”. En *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado*, editado por Paulina Acevedo, 19-47. Temuco/Copenhague: IWGIA. https://www.iwgia.org/images/publications/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf

Meza-Lopehandía, Matías. 2015. “Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación”. Asesoría Técnica Parlamentaria. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

------. 2016a. “La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales”. *Revista de Ciencias Sociales* 69: 13-52.

------. 2016b. “Territorio indígena en el derecho chileno”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones.

------. 2019. “Principales demandas mapuche como reivindicaciones de derechos humanos”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones.

Millamán Manríquez, Sergio Eduardo. 2019. *Consulta indígena, pueblo mapuche, territorios y evaluación medioambiental*. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales, DOCUMENTO DE TRABAJO ICSO – N° 52 / 2019, Serie Laboratorio Constitucional. https://labconstitucional.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/04/ICSO_DT_52_Millaman.pdf

Ministerio de Energía. 2014a. *Agenda de Energía. Un desafío país, progreso para todos*. Santiago: Gobierno de Chile. https://energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/agenda_de_energia_version_completa_esp.pdf

------. 2014b. *Energía 2050. Política energética de Chile*. Santiago: Gobierno de Chile. https://energia.gob.cl/sites/default/files/energia_2050_-_politica_energetica_de_chile.pdf

------. 2015a. *Mesa ERNC. Una mirada participativa del rol y los impactos de las energías renovables en la matriz eléctrica futura*. Santiago: Gobierno de Chile. <http://energiaabierta.cl/estudios/?key=Mesa+ERNC&categoria-e=&organismo-e=&from=&to=&lang=>

------. 2015b. *Orientaciones para el desarrollo de proyectos de energía en contextos indígenas*. Santiago: Gobierno de Chile. <https://energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/guia-pueblo-indigenas-energia.pdf>

------. 2015c. *Resultados Mesa Indígena 2014-2015. Informe Nacional*. Documento de trabajo interno no oficial, Santiago: Gobierno de Chile. Solicitud de información

AU002T0002094, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 6 de mayo de 2020.

------. 2016a. *Acta Mesa Macrozonal Sur. Capítulo Indígena Política Energética 2050*. Temuco, 17 de noviembre. Solicitud de información AU002T0002094, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 6 de mayo de 2020.

------. 2016b. *Diagnóstico Temáticas propuestas por representantes de Pueblos Indígenas en el marco de las mesas de “Energía y Pueblos Indígenas 2014- 2015*. Santiago. Solicitud de información AU002T0002094, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 6 de mayo de 2020

------. 2016c. *Estudio de cuencas. Análisis de las condicionantes para el desarrollo hidroeléctrico en las cuencas del Maule, Biobío, Tolón, Valdivia, Bueno, Puelo, Yelcho, Palena, Cisnes, Aysén, Baker y Pascua*. Santiago: Gobierno de Chile. https://energia.gob.cl/sites/default/files/estudio_de_cuencas_2.pdf

------. 2017a. *Capítulo indígena de la Política Energética 2050*. Santiago: Gobierno de Chile. <http://energiaabierta.cl/estudios/?key=cap%C3%ADtulo+ind%C3%ADgena&categoria-e=&organismo-e=&from=&to=&lang=>

------. 2017b. *Mesa participativa de Hidroelectricidad Sustentable. Recomendaciones para avanzar hacia una hidroelectricidad sustentable en Chile*. Santiago: Gobierno de Chile. energiaabierta.cl/estudios/?key=hidroelectricidad+sustentable&categoria-e=&organismo-e=&from=&to=&lang=

Ministerio del Medio Ambiente. 2017. *Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2017-2022*. Santiago: Gobierno de Chile. https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf

Ministerio de Obras Públicas. 2018. *Plan Chile 30/30. El futuro no se espera, se construye*. Santiago: Equipo Ediciones MOP. http://www.dirplan.cl/planes/Documents/plan/plan_chile_3030.pdf

Molinet, Soledad. 2019. “Derechos humanos y pueblo mapuche: Una mirada a los desafíos pendientes para el pleno respeto a la dignidad e identidad”. *Anuari del conflicte Social* 9: 91-110. Barcelona: Universidad de Barcelona. <https://revistes.ub.edu/index.php/ACS/article/view/ACS2019.9.5/30777>

Moniz, Ernest. 2018. “Prólogo”. En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 11-14. Santiago: Ediciones UDP.

Montt, Santiago y Manuel Montt. 2011. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. *Estudios Públicos* 121: 133-212.

Morales Urrá, Roberto. 1998. *Ralco: modernidad o etnocidio en territorio pewenche*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera.

Moran, Pablo. 2018. “Caso OXEC: primera macro sentencia en la historia constitucional de Guatemala”. *The Lawyer, Revista Centro Americana*, <https://www.thelawyer magazine.com/post/caso-oxec-primera-macro-sentencia-en-la-historia-constitucional-de-guatemala>

Moulian-Tesmer, Rodrigo y Pablo Rojas-Bahamonde. 2019. "El modelo de ancestralidad mapuche: un debate en torno a las afinidades culturales de las representaciones escatológicas amerindias". *Revista Austral de Ciencias Sociales* 36: 127-151. revistas.uach.cl/index.php/racs/article/view/5677/6782

Moyn, S. 2018. *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Mundaca, Rodrigo. 2013. "Chile: la guerra por la recuperación del agua". *Centro de Estudios Políticos para las Relaciones Internacionales y el Desarrollo (CEPRID)*, 22 de septiembre. <https://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article1741>

-----, 2020. *La privatización de las aguas en Chile. Causas y resistencias*. Valparaíso: América en Movimiento (3ª edición).

Muñoz Onofre, Juan Pablo. 2014. "La brecha entre el reconocimiento y la implementación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: análisis sobre su configuración en las normas, las políticas y los jueces, tras la aprobación de la Constitución Política de 1991". Tesis Master. Universidad Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10161>

Murdocca, Carmela. 2018. "Ethics of Accountability: Gladue, Race, and the Limits of Reparative Justice." *Canadian Journal of Women and the Law* 30, n° 3: 522-542. muse.jhu.edu/article/713414.

Mutua, Makau. 2013. *Human Rights: a Political and Cultural Critique*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Namuncura, Domingo. 1999. *Ralco: ¿represa o pobreza?*. Santiago: LOM ediciones.

Nash Rojas, Claudio y Constanza Núñez Donald. 2018. "Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile". *Estudios constitucionales* 16, n° 2: 221-270.

Niezen, Ronald. 2013. 'The Law's Legal Anthropology'. En *Human Rights at the Crossroads*, editado por Mark Goodale, 185–97. Oxford y New York: Oxford University Press.

Núñez, Danilo. 2018. "Impulso a la inversión". En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 481-506. Santiago: Ediciones UDP.

Observatorio Ciudadano, Centro de Investigación y Defensas Sur (CIDSUR), Parlamento Mapuche de Coz Coz, Red de Acción por los Derechos Ambientales (RADA), Red por la Defensa de los Territorios. 2019. *Informe de organizaciones de la sociedad civil de la región de La Araucanía, Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas con motivo del examen de los informes periódicos 22º a 23º del Estado de Chile (CERD/CCHL/22-23), 100º Período de Sesiones, 25 de noviembre a 13 diciembre 2019*". Noviembre. <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2020/04/informe-sobre-chile-al-cerd-de-oc-y-otros-nov2019-1.pdf>

Observatorio Ciudadano, Asociación de Comunidades Mapuche de San José de Mariquina, Asociación de Inmigrantes por la Integración Latinoamericana y del Caribe APILA, Asociación Indígena Ayün Mapu, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Comité de Defensa del Mar, Mesa Temática de la Sociedad Civil sobre

Migración, Parlamento Mapuche de Coz Coz, Partido Autonomista Mapuche Wallmapuwen, Pueblos Indígenas Unidos de la cuenca de Tarapacá, Quebrada de Coscaya, Aroma y Miñe. 2013. *Informe de la sociedad civil y pueblos originarios de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas con motivo del Examen de los Informes Periódicos 19º a 21º del Estado de Chile*. CERD/CCHL/19-21), 83º período de sesiones.

Observatorio Ciudadano. 2013. “La propiedad del agua, la igualdad de acceso, los derechos de comunidades indígenas y los conflictos existentes y potenciales vinculados al agua en las cuencas del río Lumaco y Trancura”. Artículo facilitado mediante correo electrónico personal por Nancy Yáñez Fuenzalida el 27 de enero de 2016.

------. 2018. *El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales a 10 años de su ratificación por el Estado de Chile: análisis crítico de su cumplimiento*. Santiago-Temuco: Observatorio Ciudadano.

Observatorio de la Productividad. 2020. *Judicialización de los proyectos de inversión del SEIA*. Informe n° 4, Primer Semestre. <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/07/200710-Informe-N%C2%B04-Judicializaci%C3%B3n-de-los-proyectos-de-inversi%C3%B3n-del-SEIA-CPC-OJ-1.pdf>

Open Society Foundation. 2017. *Strategic Litigation Impacts: Indigenous Peoples' Land Rights*. New York: Open Society Foundations. <https://www.justiceinitiative.org/uploads/8c45f0be-d3be-40d6-aae8-a0b046bf6511/slip-land-rights-20170620.pdf>

Oregon State University. 2013. “Small Dam Construction to Reduce Greenhouse Emissions is Causing Ecosystem Disruption”. *ScienceDaily*, 18 de junio. <https://www.sciencedaily.com/releases/2013/06/130618125114.htm>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2016. *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile*. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y El Caribe. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_507556.pdf

------. 2021. *Guatemala. Perspectiva empresarial sobre la consulta previa del C169 en América Latina*. Nota técnica, septiembre. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_821382.pdf

Pacheco-Matte, Máximo. 2018a. “El diseño estratégico en respuesta al contexto nacional existente”. En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 41-57. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Pacheco-Matte, Máximo. 2018b. “Se levanta la sesión”. En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 553-578. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Padilla, Diego A. 2022. “El extractivismo (neo)liberal en Guatemala. Una mirada histórica crítica a la formación del Estado y la explotación del agua”. En *Aguas turbias. Extractivismo (neo)liberal, acción jurídica indígena y la transformación del Estado en*

Guatemala, editado por Lieselotte Viaene y María Jacinta Xón Riquiac, 15-54. Madrid: Proyecto ERC RIVERS – Universidad Carlos III de Madrid.

Painemal Morales, Wladimir T. 2017. *Informe antropológico complementario: Historia, uso y valor antropológico de espacios naturales significativos en el río Txuful Txuful y los daños culturales asociados a su intervención*, de 20 de marzo.

Palma, Rodrigo, Guillermo Jiménez e Ignacio Alarcón. 2009. *Las Energías Renovables No Convencionales en el mercado eléctrico chileno*. Santiago: CNE/GTZ. https://energia.gob.cl/sites/default/files/ernc_mercado_electrico_chileno_baja_resolucion.pdf

Paz-Aedo, María y Sara Larraín. 2004. *Crisis energética en Chile: rol Y futuro de Las Energías Renovables No Convencionales*. Santiago: Programa Chile Sustentable, LOM Ediciones. www.archivochile.cl/Chile_actual/patag_sin_repre/03/chact_hidroay-3%2000025.pdf

Peña, Humberto. 2018. “Integrated Water Resources Management in Chile: Advances and Challenges”. En *Water Policy in Chile*, editado por Guillermo Donoso, 197-208. Cham: Springer.

Peredo, Matías. 2015. *Estudios de caso de los informes que presentan a evaluación ambiental los titulares de pequeñas centrales hidroeléctricas Estados Unidos, Suiza y Canadá*. Plataforma de Investigación EcoHyd, 17 de diciembre. Santiago: Ministerio de Energía.

Pérez Rincón, Mario Alejandro. 2016. “Caracterizando las injusticias ambientales en Colombia: Estudio para 115 casos de conflictos socio-ambientales”. Working paper, MA-CA-Univalle-01, Cali.

Perricone, Anita. 2020. “La judicialización de la protesta y sus resultados: una tipología de la movilización legal en el Chile post-transición (1990-2018)”. *Revista de Ciencia Política* 40, n° 1: 73-94.

Poklepovic, Iván. 2017. “Aspectos relevantes relativos al acceso a la justicia ambiental en el ejercicio del reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 en el contexto del SEIA”. *Revista De Derecho Ambiental* 8: 30–51.

Premalatha, M., Tabassum Abassi, Tasneem Abassi, S.A. Abbasi. 2013. “A Critical View on the Eco-Friendliness of Small Hydroelectric Installations”. *Science of The Total Environment* 481: 638-643. DOI: 10.1016/j.scitotenv.2013.11.047

Prieto, Manuel. 2008. “Hydroelectric Power Generation in Chile: An Institutional Critique of the Neutrality of Markets Mechanism”. Tesis de maestría. Universidad Católica de Chile.

-----, 2015. “La Ecología Política del Modelo de Aguas Chileno”. En *Ecología Política en Chile. Naturaleza, propiedad, conocimiento y poder*, compilado por Beatriz Bustos, Manuel Prieto y Jonahtan Barton, 143-164. Santiago: Editorial Universitaria.

Prieto, Manuel y Carl J. Bauer. 2012. “Hydroelectric Power Generation in Chile: an Institutional Critique of the Neutrality of Market Mechanisms”. *Water International* 37, n° 2: 131-146. <https://cjbauer.faculty.arizona.edu/sites/cjbauer.faculty.arizona.edu/files/Prieto%20Bauer%202012.PDF>

Puschel, Gabriela Paz. 2021. “El concepto de territorio indígena en la jurisprudencia chilena como criterio de aplicación de la consulta previa en el marco del sistema de evaluación de impacto ambiental”. Tesis pregrado: Universidad de Chile.

Quijano, Anibal. 2014. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, editado por CLACSO, 777-832. Buenos Aires: CLACSO. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>

Quilaleo, Fernando. 2018. “La implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile: la paradoja de los derechos indígenas”. *Anuario de Derechos Humanos* 14: 141-153. DOI:10.5354/0718-2279.2018.49199

Rabi, Violeta y Fernando Campos. 2021. “Strengthening or Weakening Environmental Institutions? Chile and the Establishment and Use of Environmental Courts in an Extractive Economy”. En *Andean States and the Resource Curse. Institutional Change in Extractive Economies*, editado por Gerardo Damonte y Bettina Schorr, 177-197. Routledge: New York.

Rajagopal, Balakrishnan. 2006. “Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy”. *Third World Quarterly* 27, n° 5: 767–83. <http://www.jstor.org/stable/4017777>

Ramírez, Silvina. 2014. “Los derechos de los pueblos indígenas: Inclusión normativa vs. Judicialización”. En *Sociedad (Revista de la Facultad de Ciencias Sociales)* 33: 39-50. Universidad de Buenos Aires. <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2016/03/SOCIEDAD-33.pdf>

Riestra, Francisco. 2008. *Pago de patente por no uso por derechos de aprovechamiento*. Santiago: DGA.

-----, 2018. “Environmental Flow Policy”. En *Water Policy in Chile*, editado por Guillermo Donoso, 103-116. Cham: Springer.

Rivera, Daniela, María Molinos, Guillermo Donoso. 2020. “Priorización del uso del agua para consumo humano”. *Centro de Políticas Públicas* 131: 1-15. <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2020/10/Temas-agenda131-VF.pdf>

Rivera, Daniela. 2017b. “Derecho humano al agua en Chile: legislación vigente, proyectos de reforma y jurisprudencia”. En *El Derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo*, editado por Armando Guevara Gil, Patricia Urteaga, y Frida Segura, 227-243. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. derechoygestionaguas.uc.cl/es/documentos/new/51-drb-peru-iv-jornadas/file

Rivera, Diego, Alex Godoy-Faúndez, Mario Lillo, Amaya Álvez, Verónica Delgado, Consuelo Gonzalo-Martín, Ernestina Menasalvas, Roberto Costumero y Ángel García-Pedrero. 2016. “Legal Disputes as a Proxy for Regional Conflicts over Water Rights in Chile”. *Journal of Hydrology* 535, 36-45. <https://doi.org/10.1016/j.jhydrol.2016.01.057>

Roa-García, María Cecilia, Patricia Urteaga-Crovetto y Rocío Bustamante-Zenteno. 2015. “Water Laws in the Andes: A Promising Precedent for Challenging Neoliberalism.” *Geoforum* 64: 270-280.

Rodríguez de Assís Machado, Marta y Débora Alves Maciel. 2017. "The Battle Over Abortion Rights in Brazil's State Arenas, 1995-2006". *Health and Human Rights Journal* 19, n° 1: 119-131.

Rodríguez, Gloria Amparo. 2014. *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, GIZ.

Rodríguez-Garavito, César. 2009. "¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento?". En *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, 434-493. Bogotá: Ediciones Uniandes.

-----, 2011a. "Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields". *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18, n° 1: 263-305. DOI: 10.1353/gls.2011.0021

-----, 2011b. "Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America". *Texas Law Review* 89, n° 7: 1669-1698.

Romero, Andrés y Gonzalo Tapia. 2018. "La Agenda de Energía de 2014". En *Revolución Energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 73-118. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Romero, Andrés y Hugh Rudnick. 2018. "La nueva Ley de Transmisión". En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 445-480. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Romero-Toledo, Hugo. 2014. "Ecología política y represas: elementos para el análisis del proyecto Hidroaysén en la Patagonia chilena". *Revista de geografía Norte Grande* 57: 161-175. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34022014000100011

Rosenberg, Gerald N. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*. Chicago: University of Chicago Press.

-----, 2005. "Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places". *Drake Law Review* 54: 795-815.

Rudnick, Hugh y Andrés Romero. 2018. "Hacia un modelo en competencia: licitaciones de suministro eléctrico". En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 413-444. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Rudnick, Hugh y Rodrigo Palma. 2018. "Contexto nacional e internacional en marzo de 2014". En *Revolución energética en Chile*, editado por Máximo Pacheco Matte, 19-41. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Rudnick, Hugh y Sebastian Mocarquer. 2008. "Hydro or Coal: Energy and the Environment in Chile". Conference: Power and Energy Society General Meeting - Conversion and Delivery of Electrical Energy in the 21st Century, IEEE. DOI: 10.1109/PES.2008.4596226

Ruiz Molleda, Juan Carlos y Álvaro Másquez Salvador. 2018. *Derecho desde los márgenes. Pueblos indígenas y litigio constitucional estratégico en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Ruiz Molleda, Juan Carlos, Maritza Quispe Mamani, Rocío Meza Suarez, Álvaro Másquez Salvador, Paulina Quispe, Sebastián Delgado Céspedes, y Kevin Medardo.

2021. “Litigio constitucional en defensa de los ríos y de las fuentes de agua en el Perú”. *Instituto de Defensa Legal*, Área de litigio constitucional, 30 de enero. <https://www.idl.org.pe/litigio-constitucional-en-defensa-de-los-rios-y-de-las-fuentes-de-agua-en-el-peru/>

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2020. *El litigio como herramienta de lucha. Impulsando la defensa legal de derechos desde las organizaciones sociales*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Rumián Lemuy, P. 2015. “Desde la cosmovisión mapuche: el agua de la mapu está en grave peligro”. Pinزالikan, Comunidad Williche Kiyemtuain, Noviembre. futawillimapu.org/pub/NgenKo.pdf

Sáez Gallardo, Julio. 2015. “Hacia una deconstrucción de la discriminación y el racismo discursivo referente a la cultura mapuche en la prensa chilena de mayor lectura”. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona. <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/305108/jsg1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Salas Astraín, Ricardo y Juan Jorge Faundes. 2018. “Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile)”. En *Justicia e interculturalidad. Análisis y pensamiento plural en América y Europa*, editado por Marianella Ledesma Narvaez, 693-740. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/Justicia-e-interculturalidad.pdf>

Salas Astraín, Ricardo. 2019. “Justicia contextual, derechos indígenas y empresas multinacionales en Ngulumapu”. *Revista NuestrAmérica* 7, nº 14: 315-336. www.revistanuestramerica.cl/ojs/index.php/nuestramerica/article/view/226/389

Saltelli, Andrea, Jerome Ravetz y Silvio Funtowicz. 2016. “The Fallacy of Evidenced-Based Policy”. En *The Rightful Place of Science: Science on the Verge*, de A. Benessia, S. Funtowicz, M. Giampietro, A. Guimaraes Pereira, J. Ravetz, A. Saltelli, R. Strand y J. P. van der Sluijs, 31-71. Tempe, Arizona: Consortium for Science, Policy and Outcomes.

Sanhueza, Cristian. 2016. “Notas para un territorio”. En *Extractivismo versus derechos humanos Crónicas de los nuevos campos minados en el Sur Global*, editado por César Garavito-Rodríguez, 75-102. Buenos Aires: Grupo Editorial Siglo XXI, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

Santana, Christian. 2014. *Energías renovables en Chile: el potencial eólico, solar e hidroeléctrico de Arica a Chiloé*. Santiago: GIZ/Ministerio de Energía. https://acera.cl/wp-content/uploads/2019/04/Potencial_ER_en_Chile.pdf

Santo Padre Francisco. 2019. “Discurso del Santo Padre Francisco en la cumbre de jueces panamericanos sobre derechos sociales y doctrina franciscana”. Libreria Editrice Vaticana, 4 de junio. https://www.copaju.org/files/ugd/5f6cc0_c2b93cb40deb4ccf969e2c2b3c10a7f1.pdf

Santos, Boaventura De Sousa. 2017. *Justicia entre saberes: Epistemologías del Sur contra el epistemicidio*. San Sebastián de los Reyes: Morata.

-----, 2009. *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. México: Siglo XXI, CLACSO.

Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez-Garavito, César. 2005. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.

Scheer, Hermann. 2011. *The Energy Imperative: 100 Percent Renewable Now*. Oxon: Routledge.

Scheingold, Stuart A. 2004 y 2011. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.

Segura, Patricio. 2010. “Hidroaysén y Energía Austral quieren represar la Patagonia y condenarla a convertirse en la gran pila de Chile”. En *Conflictos por el agua. Entre los derechos humanos y las reglas de mercado*, editado por Sara Larraín y Pamela Poo, 349-360. Santiago: Chile Sustentable.
https://cl.boell.org/sites/default/files/05_conflictos_por_el_agua_chile.pdf

Servicio Agrícola Ganadero (SAG). 2020. “Informe de Factibilidad para Construcciones Ajenas a la Agricultura en Área Rural (IFC)”. <http://www.sag.cl/ambitos-de-accion/informe-de-factibilidad-para-construcciones-ajenas-la-agricultura-en-area-rural-ifc> (último acceso: 15 de Agosto de 2020).

-----, 2015. “Tramitación de Informe de Factibilidad para Construcciones ajenas a la agricultura en área rural (IFC)”.
http://www.sag.cl/sites/default/files/tramitacion_ifc_diptico.pdf

Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). 2012. *Guía para la Evaluación de Impacto Ambiental de Centrales de Generación de Energía Hidroeléctrica de Potencia Menor a 20 MW*. Santiago: División de Evaluación Ambiental y Participación Ciudadana, SEA, Ministerio de Energía, Gobierno de Chile.
https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_hidro_terminada.pdf

-----, 2015. “Balance de Gestión Integral. Año 2014”.
https://www.dipres.gob.cl/597/articles-133313_doc_pdf.pdf

-----, 2016. *Guía Metodológica para Determinar el Caudal Ambiental para Centrales Hidroeléctricas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Santiago: División de Evaluación Ambiental y Participación Ciudadana, Servicio de Evaluación Ambiental, Ministerio del Medio Ambiente, Gobierno de Chile.
https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2016/guia_caudal_ambiental.pdf

-----, 2021. “Información de Proyectos Ingresados al SEIA”.
<https://www.sea.gob.cl/documentacion/reportes/informacion-de-proyectos-ingresados-al-seia>

Sieder, R. y Anna Barrera. 2017. “Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes”. *Journal of Latin American Studies* 49, n° 3: 633-658. doi: 10.1017/S0022216X1600227

Sieder, Rachel. 2020a. “The Juridification of Politics”. En *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, editado por Marie-Claire Foblets, Mark Goodale, Alison Dundes Renteln, Olaf Zenker Mark, 1-17. Oxford: Oxford University Press.
http://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2021/01/Oxford_Handbook-Sieder_Juridification_Politics_2020.pdf

Silva Neriz, Hernando. 2014. “La jurisprudencia de los tribunales de justicia en Chile en materia de consulta: un largo y complejo camino”. En *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*, editado por Paulina Acevedo, 47-59. Lima; Copenhague: IWGIA. https://www.iwgia.org/images/publications/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf

Sircar, Oishik y Dipika Jain. 2016. “New Intimacies, Old Desires Law, Culture and Queer Politics in Neoliberal Times”. New Delhi: Zubaan books.

Skewes, Juan Carlos y Marta Silva. 2007. “Elementos para una comprensión ecológico-cultural de las narraciones míticas acerca de las aguas y los seres del agua en la cosmovisión mapuche huilliche”. En *Sociedad y Cultura: Reflexiones Transdisciplinarias*, 129-138. Valdivia: Universidad Austral de Chile.

Skewes, Juan Carlos, María Eugenia Solari, Debbie Guerra y Daniela Jalabert. 2012. “Los paisajes del agua: naturaleza e identidad en la cuenca del río Valdivia”. *Revista Chungará* 44, n° 2: 299-312. DOI: 10.4067/S0717-73562012000200007

Sohr, Raúl. 2012. *Chile a ciegas, la triste realidad de nuestro modelo energético*. Santiago: Debate.

Stehr, Alejandra; C. Álvarez, P. Álvarez, J. L. Arumí, C. Baeza, R. Barra, C. A. Berroeta, Y. Castillo, G. Chiang, D. Cotoras, S. A. Crespo, V. Delgado, G. Donoso, A. Dussillant, F. Ferrando, R. Figueroa, C. Frêne, R. Fuster, A. Godoy, T. Gómez, E. Holzapfel, C. Huneeus, M. Jara, C. Little, K. Lizama, M. Musalem, M. Olivares, O. Parra, R. D. Ponce, D. Rivera, I. Rodríguez, A. Sepúlveda, M. Somos, F. Ugalde, R. Urrutia, M. Valenzuela, C. Vargas, X. Vargas, S. Vásquez, I. L. Vera, S. Vicuña, G. Vidal, M. Yevenes. 2019. *Recursos hídricos en Chile: Impactos y adaptación al cambio climático. Informe de la mesa Agua*. Santiago: Comité Científico COP25; Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. minciencia.gob.cl/comitecientifico/documentos/mesa-agua/19.Agua-Recursos-Hidricos-Stehr.pdf

Strümpell, Christian. 2012. “Law against Displacement: The Juridification of Tribal Protest in Rourkela, Orissa”. En *Law against the State: Ethnographic Forays into Law's Transformations*, editado por Julia Eckert, Brian Donahoe, Christian Strümpell, Zerrin Biner, 202-227. Cambridge: Cambridge University Press.

Subsecretaría de Agricultura. 2018. “Balance de Gestión Integral. Año 2017”. Santiago: Ministerio de Agricultura. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-172606_doc_pdf.pdf

Subsecretaría de Bienes Nacionales. 2015. “Balance de Gestión Integral. Año 2014”. Santiago: Ministerio de Bienes Nacionales. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-133268_doc_pdf.pdf

-----, 2017. “Balance de Gestión Integral. Año 2016”. Santiago: Ministerio de Bienes Nacionales. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-158574_doc_pdf.pdf

-----, 2019. “Balance de Gestión Integral. Año 2018”. Santiago: Ministerio de Bienes Nacionales. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-188354_doc_pdf.pdf

Subsecretaría de Energía. 2015. “Balance de Gestión Integral. Año 2014”. Santiago: Ministerio de Energía. http://www.dipres.gob.cl/597/articles-133308_doc_pdf.pdf

- , 2016. “Balance de Gestión Integral. Año 2015”. Santiago: Ministerio de Energía. http://www.dipres.gob.cl/597/articles-147196_doc_pdf.pdf
- , 2017. “Balance de Gestión Integral. Año 2016”. Santiago: Ministerio de Energía. http://www.dipres.gob.cl/597/articles-158613_doc_pdf.pdf
- , 2018. “Balance de Gestión Integral. Año 2017”. Santiago: Ministerio de Energía. http://www.dipres.gob.cl/597/articles-172650_doc_pdf.pdf
- , 2019. “Balance de Gestión Integral. Año 2018”. Santiago: Ministerio de Energía. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-188391_doc_pdf.pdf
- Sultana, F. y A. Loftus. 2012. *The Right to Water: Politics, Governance and Social Struggles*. London: Routledge.
- Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC). 2015. “Balance de Gestión Integral, Año 2014”. Santiago: Ministerio de Energía. https://www.dipres.gob.cl/597/articles-133311_doc_pdf.pdf
- , 2017. “Balance de Gestión Integral. Año 2016”. Santiago: Ministerio de Energía. http://www.dipres.gob.cl/597/articles-172653_doc_pdf.pdf
- Susskind, Lawrence, Teodoro Kausel, José Aylwin y Elizabeth Fierman. 2014. “The Future of Hydropower in Chile”. *Journal of Energy & Natural Resources Law* 32, n° 4: 425-481. <https://lawrencesusskind.mit.edu/sites/default/files/documents/The%20Future%20of%20Hydropower%20in%20Chile.pdf>
- Svampa, Maristella. 2012. “Resource Extractivism and Alternatives: Latin American Perspectives on Development”. *Journal für Entwicklungspolitik* 28, n° 3: 117-143. https://www.tni.org/files/download/beyonddevelopment_resource.pdf
- , 2019. *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*. Guadalajara: CALAS.
- Tecklin, David, Carl Bauer y Manuel Prieto. 2011. “Making Environmental Law for the Market: the Emergence, Character, and Implications of Chile’s Environmental Regime”. *Environmental Politics* 20, n° 6: 879-898. DOI: 10.1080/09644016.2011.617172
- Timpe, Kelsie y David Kaplan. 2017. “The Changing Hydrology of a Dammed Amazon”. *Science Advances* 3, n° 11: 1-13. <https://advances.sciencemag.org/content/advances/3/11/e1700611.full.pdf>
- Toledo, Sofía y Enrique Muñoz. 2018. “Determinación de un régimen de caudal ambiental para el río Ñuble considerando actividades recreacionales y requerimientos de hábitat de peces”. *Obras y proyectos* 24: 71-81. DOI: 10.4067/s0718-28132018000200071
- Torres Muñoz, Rafael. 2017. “Fraccionamiento de proyectos con impacto medioambiental”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24568/1/Fraccionamiento de Proyectos con Impacto Medioambiental.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24568/1/Fraccionamiento%20de%20Proyectos%20con%20Impacto%20Medioambiental.pdf)
- Tushnet, Mark V. 1987. *The NAACP’s Legal Strategy against Segregated Education, 1925–1952*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press.

- Unidad de Acompañamiento de Proyectos, Ministerio Energía. 2019. “Proyectos en Construcción e Inversión en sector Energía a Marzo 2019”. https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/despensa_marzo_2019_web_0.pdf
- Unidad de Educación Energética. 2019. *Conoce tu energía*. Santiago: Ministerio de Energía, Gobierno de Chile (2ª Edición). Solicitud de información AU002T0002112, Portal Transparencia del Gobierno de Chile. Respondida el 20 de mayo de 2020.
- United Nations Industrial Development Organization y International Center on Small Hydro Power. 2016. *The World Small Hydropower Development Report 2016*. www.unido.org/sites/default/files/files/2020-08/WSHPDR_2016_final_report.pdf
- Universidad de los Lagos. 2014. “Catastro de conflictos en Chile”. http://proyectoconflictos.ulagos.cl/?page_id=8215
- Unrepresented Nations and Peoples Organization (UNPO). 2013. *Alternative Report to CERD—Chile*. Alternative Report submitted to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination for the consideration of the 19th to 21st Report of the Republic of Chile during the 83rd session (12-30 August 2013). CERD/C/CHL/19-21, agosto.
- Valdés, Marcelo, y Gonzalo Gutiérrez. 2012. “Evolución del desarrollo y del costo de los sistemas fotovoltaicos en el mundo y en Chile”. Estudio Curso Mercados Eléctricos, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Valenzuela, Christian. 2011. “Efectos de la aplicación de la patente por no-utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas”. Tesis de grado. Universidad de Chile.
- , 2013. *La patente por la no utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación*. Santiago: CEPAL. <https://www.derechoalagua.cl/wp-content/uploads/2013/09/La-patente-por-la-no-utilizacion-de-las-aguas-en-Chile-Valenzuela.pdf>
- Valenzuela, Christian, Rodrigo Fuster y Alejandro León. 2013. “Chile: ¿Es eficaz la patente por no uso?”. *Revista Cepal* 109: 175-198. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11578/109175198_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vallejo, Catalina y Siri Gloppen. 2013. “Red-Green Lawfare? Climate Change Narratives in Courtrooms”. En *Climate Talk*, editado por Jackie Dugard, Asuncion Lera St.Clair y Siri Gloppen, 208-235. Cape Town: Juta Publishers. <https://ssrn.com/abstract=2622766>
- Van Cott, Donnaa Lee. 2002. “Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State Relations”. En *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity, and Democracy*, editado por Rachel Sieder, 45–73. New York: Palgrave Macmillan.
- Varun, Ravi Prakash y Inder Bhat. 2012. “Life Cycle Greenhouse Gas Emissions Estimation for Small Hydropower Schemes in India”. *Energy* 44, n° 1: 498–508. DOI: doi.org/10.1016/j.energy.2012.05.052
- Veeduría Ciudadana. 2021. *Veeduría Ciudadana para la Implementación de la Sentencia T-302 de 2017. II Informe de Seguimiento y Verificación 2020 -2021*. Riohacha-La Guajira, octubre de 2021.
- Vergara-Blanco, Alejandro. 1997. “La libre transferibilidad de los derechos de aguas. El caso chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 24, n°2: 369-395.

- , 2004a. *Derecho Eléctrico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- , 2004b. “Evolución y principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile”. En *Derecho de Aguas* (Tomo II), editado por VVAA, 455-480. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- , 2014. “El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno”. En *Agua y Derecho. Retos para el s. XXI: reflexiones y estudios a partir del WaterLaw*, editado por J. Melgarejo, A. Molina, y A. O. Benito, 199-228. Alicante: Universidad de Alicante.
- , 2015. *Crisis institucional del agua: descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*. Santiago: Ediciones UC.
- , 2018. “Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema”. *Estudios Públicos* 151: 59-122.
- Vergara-Blanco, Alejandro y Daniela Rivera. 2018. “Legal and Institutional Framework of Water Resources”. En *Water Policy in Chile*, editado por Guillermo Donoso, 67-86. Cham: Springer.
- Vergara-Blanco, Alejandro, Daniela Rivera Bravo, Gerardo Sanz de Undurraga y Esteban Cañas Ortega. 2017. “The Water–Energy Nexus in Chile: a Description of the Regulatory Framework for Hydroelectricity”. *Journal of Energy & Natural Resources Law* 35, n° 4: 463-483. DOI: 10.1080/02646811.2017.1369278
- Vergara-Blanco, Alejandro, Guillermo Donoso, Daniela Rivera, Elisa Blanco y Valeria Moyano. 2013. “Aguas y energía: propuestas para su autogobierno y resolución especializada de conflictos”. En *Propuestas para Chile, Concurso Políticas Públicas 2013*, editado por Ignacio Irarrázaval, María de los Ángeles Morandé y Magdalena Letelier, 241-270. Santiago: C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Viaene, Lieselotte y Guillermo Fernández-Maldonado. 2016. “La brecha entre el compromiso y el cumplimiento con los derechos de los pueblos indígenas. Reflexiones sobre los avances y retrocesos en materia de justicia indígena en Ecuador”. *Inter-American and European Human Rights Journal* 9, n° 1: 63-93.
- Vial Latorre, Catalina de los Ángeles. 2018. “Adopción de un nuevo discurso y déficit de accountability en la política energética (2010-2014): seguimiento de procesos para el caso de la central hidroeléctrica Añihuerraqui”. Tesis de maestría, Flacso Ecuador.
- Vidal-Parra, Sergi. 2010. “Re-conocer. Pacto Social por la Multiculturalidad”. Towards a New Treatment for Mapuche People in Chile?”. *ICL Journal* 4, n° 2: 241-319.
- , 2019. “The Water Rights-Based Legal Mobilization of the Wayúu against the Cercado Dam. An Effective Avenue for Court-Centered Lawfare from Below?”. *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología* 34: 45-68.
- Villegas, Myrna. 2013. “Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 6: 3-25.
- Vivendio Iberoamerica y Laboratorio de Planificación Territorial-Universidad Católica de Temuco. 2017a. *Informe n° 2: Análisis y síntesis sectorial regional. Diagnóstico Energético Regional del Plan Energético Regional Araucanía (PER Araucanía) – Etapa I*. Temuco: Subsecretaría de Energía, Gobierno de Chile. <https://comisionenergia->

my.sharepoint.com/personal/infoestadistica_cne_cl/Documents/energia_abierta/Centro_de_Informaci%C3%B3n/Estudios/Minerg/03_PER%20Arau_AN%20SEC%20REG.pdf?ga=1

-----, 2017b. *Informe n° 1: Línea de base. Diagnóstico Energético Regional del Plan Energético Regional Araucanía (PER Araucanía) – Etapa I*. Subsecretaría de Energía, Gobierno de Chile. https://comisionenergia-my.sharepoint.com/personal/infoestadistica_cne_cl/Documents/energia_abierta/Centro_de_Informaci%C3%B3n/Estudios/Minerg/85_PER%20Arau_LINEA%20BASE.pdf?ga=1

Weke, Jorge. 2017a. “Itro Fill Mogen: toda la vida sin excepción”. *Endémico*, 23 de noviembre. <https://www.endemico.org/itrofill-mogen-toda-la-vida-sin-excepcion/>

World Commission on Dams (WCD). 2001. *Dams and Development: A New Framework for Decision-Making*. London: Earthscan Publications Ltd.

Wright, Claire y Alexandra Tomaselli. 2019. *The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America. Inside the Implementation Gap*. London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781351042109>

Wright, Claire. 2013. “Perú, el estado de emergencia como mecanismo de represión de la protesta indígena en el contexto de conflictos sobre recursos naturales”. En *Entre el desarrollo y el buen vivir. Recursos naturales y conflictos en los territorios indígenas*, editado por Salvador Martí, Claire Wright, José Aylwin y Nancy Adriana Yáñez, 265-292. Madrid: Los Libros de la Catarata.

Xingang, Zhao, Liu Lu, Liu Xiaomeng, Wang Jieyu y Liu Pingkuo. 2012. “A Critical-Analysis on the Development of China Hydropower”. *Renewable Energy* 44: 1-6. DOI: 10.1016/j.renene.2012.01.005

Yacoub, Cristina; Duarte, Bibiana and Boelens, Rutgerd (2015): Agua y ecología política: El extractivismo en la agroexportación, la minería y las hidroeléctricas en Latinoamérica. Quito: Abya-Yala, Justicia Hídrica, (Serie Agua y Sociedad, Sección Justicia Hídrica, 22).

Yáñez Fuenzalida, Nancy y Hernando Silva Neriz. 2014. “El derecho a la consulta a los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional”. En *El derecho a la consulta a los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*, editado por Paulina Acevedo, 9-19. Santiago: IWGIA, Observatorio Ciudadano. https://www.iwgia.org/images/publications/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf

Yáñez, Nancy. 2014. “Nuevos paradigmas para la interpretación jurídica del Derecho de Aguas en Chile a partir del Enfoque de Derechos Fundamentales y lineamientos para una reforma institucional al modelo chileno de aguas”. Tesis doctoral. Universidad de Chile.

-----, 2015a. “Los problemas de validez y eficacia del modelo chileno de aguas desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales”. Santiago. Obtenido por correo electrónico personal el 21 de enero de 2016.

-----, 2015b. “Marco normativo del agua en Chile, un análisis a partir de los potenciales conflictos socio - ambientales en las cuencas de los ríos Trancura y Lumaco y sus impactos en los derechos de las comunidades mapuches ribereñas”. Santiago. Obtenido por correo electrónico personal el 27 de enero de 2016.

Yrigoyen, Raquel. 2009. “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. En *El Otro Derecho* 40: 12-53.

-----, 2011. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. En *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, editado por César Rodríguez-Garavito, 139-159. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

-----, 2013. *Litigio estratégico en derechos indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas. Madre de Dios-Perú*. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo Internacional-GIZ.

Zarfl, Christiane, Alexander Lumsdon, Juergen Berlekamp y Laura Tydecks. “A Global Boom in Hydropower Dam Construction”. *Aquatic Sciences* 77, nº 1: 161-170. DOI: doi.org/10.1007/s00027-014-0377-0

Zoettl, P. A. 2016. “The (il)legal Indian: the Tupinambá and the Juridification of Indigenous Rights and Lives in North-Eastern Brazil”. *Social and Legal Studies* 25, nº 1: 3-21.
<https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/14692/5/The%20Illegal%20Indian.pdf>

REFERENCIAS MEDIÁTICAS.

Alianza Territorial Mapuche. 2015. “Nuevo triunfo de movilizaciones mapuche paraliza 3ª central hidroeléctrica en Curacautín: ahora central “Doña Alicia”. *Pulof Comunicaciones*, 2 de abril. <https://www.alianzateritorialmapuche.com/2015/04/nuevotriunfo-de-movilizaciones-mapuche.html>

Alonso, Judit. 2021. “Mujeres indígenas luchan por el agua en Guatemala”. *DW, made for minds*, 26 de enero. <http://85.217.170.64/es/mujeres-ind%C3%ADgenas-luchan-por-el-agua-en-guatemala/a-56319577>

Arrate, Jorge. 2014. “La situación mapuche: tareas para hoy”. *Cooperativa.cl*, 12 de mayo. <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/politica/la-situacion-mapuche-tareas-para-hoy/2014-05-12/162100.html>

Atria, Fernando. 2016. “Sobre aguas e inconstitucionalidades”. *El Mercurio*, 21 de Noviembre. <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/fernando-atria-sobre-aguas-e-inconstitucionalidades>

Aylwin Oyarzún, José y Nancy Yáñez Fuenzalida. 2013. “La consulta indígena en Chile”. *El Mostrador*, 27 de abril. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/04/27/la-consulta-indigena-en-chile/>

Bachelet, Michelle. 2014. “Discurso de S. E. La Presidenta de La República Michelle Bachelet”. Dirección de Prensa, Gobierno de Chile, Santiago, 15 de Mayo de 2014. http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica/a/6/e/a6e48f38679e27561e2c67d235e3a00bd34d5cf164393cdb6cec08b5c4def3c7/_home_aristoteles_documentos_DIS_0086.pdf

Baquedaño, Manuel. 2015. “Energías comunitarias: una forma de democratizar el sistema energético chileno”. *El Dinamo, Verdades Que Mueven*, 28 de abril. <https://www.eldinamo.cl/ambiente/2015/04/28/energias-comunitarias-una-forma-de-democratizar-el-sistema-energetico-chileno/>

Bermúdez Liévano, Andrés. 2019. “Estoy muy preocupado por los defensores ambientales en América Latina”, Relator Especial de ONU”. *Tierra de Resistentes*, 23 de abril. <https://tierraderesistentes.com/es/2019/04/23/estoy-muy-preocupado-por-los-defensores-ambientales-en-america-latina/>

Cabello, Carla. 2020. “Cobros por derechos de aguas no utilizados aumenta en 2020 y suma \$76 mil millones”. *La Tercera*, 24 de enero. <https://www.revistaei.cl/2020/01/24/cobros-por-derechos-de-aguas-no-utilizados-aumenta-en-2020-y-suma-76-mil-millones/#>

Calderón-Quirgas, Camila, Tomás González y Paulo Urrutia Barceló. 2020. “¿El agua de los ríos se pierde en el mar?”. *eldesconcierto.cl*, 7 de julio. <https://www.eldesconcierto.cl/bienes-comunes/2020/07/07/analisis-el-agua-del-rio-se-pierde-en-el-mar.html>

Cano, Daniel. 2015. “Política indígena en Chile: Entre el indio permitido y el insurrecto”. *El Mostrador*, 28 de marzo. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/28/politica-indigena-en-chile-entre-el-indio-permitido-y-el-insurrecto/>

Cardemil, María Jesús. 2022. “Chile: la central hidroeléctrica El Rincón amenaza la vida espiritual de una comunidad mapuche”. *elDiarioAR*, 27 de abril. https://www.eldiarioar.com/sociedad/medio-ambiente/chile-central-hidroelectrica-rincon-amenaza-vida-espiritual-comunidad-mapuche_1_8945485.html

Cárdenas Delgado, Olimpo. 2009. “Territorios Indígenas en el ojo del gran capital”. *Periferia, Comunicación Popular*, 20 de noviembre.

Celume Byrne, Tatiana. 2021. “¿Cómo debieran fluir las aguas en el proceso constituyente? Por Tatiana Celume, Académica de la Facultad de Derecho y Gobierno Universidad San Sebastián”. *El Heraldo Austral*, 15 de Enero. <https://www.eha.cl/noticia/opinion/opinion-como-debieran-fluir-las-aguas-en-el-proceso-constituyente-por-tatiana-celume-academica-de-la-facultad-de-derecho-y-gobierno-universidad-san-sebastian-9929>

Cisternas, María Luisa. 2022. “Por extensión del estado de excepción: Organizaciones mapuches presentan recurso de protección contra Presidente Piñera y ministro del Interior”. *Diario Universidad de Chile*, 14 de marzo. <https://radio.uchile.cl/2021/10/27/por-extension-del-estado-de-excepcion-organizaciones-mapuches-presentan-recurso-de-proteccion-contra-presidente-pinera-y-ministro-del-interior/>

CNI-CIG. 2022. “CNI- CIG anuncia suspensión judicial sobre el decreto que declara de “interés público y de “seguridad nacional” los proyectos del Gobierno Federal”. Comunicado Comisión de Coordinación y Seguimiento del Congreso Nacional Indígena-Concejo indígena de Gobierno, 10 de enero. <https://www.congresonacionalindigena.org/2022/01/10/ni-cig-anuncia-suspension-judicial-sobre-el-decreto-que-declara-de-interes-publico-y-de-seguridad-nacional-los-proyectos-del-gobierno-federal/>

Correa, Paula. 2014. “Mapuches rechazan hidroeléctrica en río Cautín”. *Diario Universidad de Chile*, 25 de abril. <https://radio.uchile.cl/2014/04/25/comuneros-mapuche-rechazan-construcci%C3%B3n-de-central-hidroel%C3%A9ctrica-en-r%C3%ADo-caut%C3%ADn/>

Corvalán, Francisco y Talía Llanos Chacón. 2021. “Una orden de arraigo y 18 perdigones: La violenta detención del lonko Alberto Curamil”. *Eldesconcierto.cl*, 2 de mayo. <https://www.eldesconcierto.cl/reportajes/2021/05/02/una-orden-de-arraigo-y-18-perdigones-en-el-cuerpo-la-desproporcionada-detencion-del-lonko-alberto-curamil-relatada-en-sus-palabras.html>

Crisóstomo Loncopán, Leonardo Simón. 2018a. “Löf Trankura de Curarewe interpone recurso judicial en corte de apelaciones de Santiago”. *Radio Kurruf*, 31 de marzo. <https://radiokurruf.org/2018/03/31/video-lof-trankura-de-curarewe-interpone-recurso-judicial-en-corte-de-apelaciones-de-santiago/>

Dartuwig, Carlos. 2013. “Comunidades mapuches de Melipeuco se oponen a proyecto hidroeléctrico “Tacura”. *Radio Universal*, 20 de noviembre. <https://radiouniversal.cl/comunidades-mapuches-de-melipeuco-se-oponen-a-proyecto-hidroelectrico-tacura/>

Dávalos, Pablo. 2013. “Pugna de saberes. Resistencia epistemológica en Ecuador”. *Rebelión*, 25 de abril. <https://clajadep.lahaine.org/?p=13487>

Diario del Norte (Redacción). 2022. “La Guajira, seis meses después de la visita judicial de la Corte Constitucional”. *Diario del Norte*, 12 de abril de 2022. <https://www.diariodelnorte.net/?p=111478>

Diario Financiero. 2010. “Ecologistas proponen microcentrales hidroeléctricas de pasada”. *Diario Financiero*, 20 de octubre. <https://www.plataformaurbana.cl/archive/2010/10/20/ecologistas-proponen-microcentrales-hidroelectricas-de-pasada/>

Diario UChile. 2019. “Tribunal de Temuco resuelve unánimemente la absolución de Alberto Curamil”. *Diario UChile*, 13 de diciembre. <https://radio.uchile.cl/2019/12/13/tribunal-de-temuco-resuelve-unanimemente-la-absolucion-de-alberto-curamil/>

Droppelman, Veronica. 2019. "La lucha en contra de la construcción de una central hidroeléctrica en las cercanías del Parque Nacional Conguillío". *Ladera Sur*, 16 de octubre. <https://laderasur.com/estapasando/la-lucha-en-contra-de-la-construccion-de-una-central-hidroelectrica-en-las-cercanias-del-parque-nacional-conguillio/>

-----, 2020. “Ley de Ríos Salvajes: los aportes al ecosistema y al desarrollo local que urgen avanzar en la protección de los ríos en Chile”. *Ladera Sur*, 28 de enero. <https://laderasur.com/articulo/ley-de-rios-salvajes-los-aportes-al-ecosistema-y-al-desarrollo-local-que-urgen-avanzar-en-la-proteccion-de-los-rios-en-chile/>

El Ciudadano. 2016. “Triunfo ambientalista: Desisten construcción de proyecto hidroeléctrico Alto Cautín”. *El Ciudadano*, 24 de mayo. <https://www.elciudadano.com/organizacion-social/triunfo-ambientalista-desisten-construccion-de-proyecto-hidroelectrico-alto-cautin/05/24/>

El Confidencial (Planeta A). 2021. “Bernardo Caal: acabar en la cárcel por defender al medioambiente de Florentino”. *El Confidencial*, 20 de julio. https://www.elconfidencial.com/medioambiente/soy-eco/2021-07-20/bernardo-caal-activista-carcel_3191340/

El Dinamo, Verdades Que Mueven. 2014. “Ministro de Energía anunció uso prioritario de recursos hidráulicos con proyectos minihidro”. *El Dinamo*, 19 de Junio. <https://www.eldinamo.cl/ambiente/2014/06/19/ministro-de-energia-anuncio-uso-prioritario-de-recursos-hidraulicos-con-proyectos-minihidro/>

El Mercurio. 2013. “La voz de los expertos”. *Ediciones Especiales Online El Mercurio*, 18 de junio. www.edicionesespeciales.elmercurio.com/hoy/detalle/index.asp?idnoticia=201306181298694

El Siglo Periódico Digital. 2020. “Académicos desmantelan argumentos contra la reforma al Código de Aguas”. *El Siglo*, 22 de mayo. <https://elsiglo.cl/2020/05/22/academicos-desmantelan-argumentos-contra-la-reforma-al-codigo-de-aguas/>

Fuentes, Rodrigo. 2019. “Alberto Curamil: El líder mapuche es condecorado con el “Premio Nobel Verde” 2019”. *DiarioUChile*, 29 de abril. <https://radio.uchile.cl/2019/04/29/alberto-curamil-el-lider-mapuche-es-condecorado-con-el-premio-nobel-verde-2019/>

Fundación Terram. 2016. "Comisión investigadora de diputados por proyecto hidroeléctrico Doña Alicia sesionó en Curacautín". *Fundación Terram*, 23 de mayo.

<https://www.terram.cl/2016/05/comision-investigadora-de-diputados-por-proyecto-hidroelectrico-dona-alicia-sesiono-en-curacautin/>

-----, 2017. “Aprobado informe de Comisión Investigadora de proyectos Cardones-Polpaico y Doña Alicia”. *Fundación Terram*, 6 de enero. <https://www.terram.cl/2017/01/camara-aprobo-informe-de-comision-investigadora-de-proyectos-cardones-polpaico-y-dona-alicia/>

-----, 2019. “Alianza de Humboldt detecta que 90% de proyectos con impacto ambiental han sido aprobados”. *Fundación Terram*, 30 de agosto. <https://www.terram.cl/2019/08/alianza-de-humboldt-detecta-que-90-de-proyectos-con-impacto-ambiental-han-sido-aprobados/>

González, Carlos. 2017a. “Chile entre los cinco países con más conflictos ambientales”. *La Tercera*, 21 de abril. [https://www.latercera.com/noticia/chile-los-cinco-paises-mas-conflictos-ambientales/#:~:text=Xaviera%20de%20la%20Vega%2C%20encargada,%20y%20Brasil%20\(83\)](https://www.latercera.com/noticia/chile-los-cinco-paises-mas-conflictos-ambientales/#:~:text=Xaviera%20de%20la%20Vega%2C%20encargada,%20y%20Brasil%20(83))

González, Francisco y Agustín Orezza. 2020. “La polémica hidroeléctrica que se aprobó en la Araucanía con el silencio del entonces intendente Huenchumilla”. *Interferencia*, 27 de agosto. <https://interferencia.cl/articulos/la-polemica-hidroelectrica-que-se-aprobo-en-la-araucania-con-el-silencio-del-entonces>

González, Francisco. 2016. “Endesa buscó durante seis meses interesados en derechos de agua que cedió al Estado”. *La Tercera*, 1 de septiembre. <https://www.latercera.com/noticia/endesa-busco-durante-seis-meses-interesados-en-derechos-de-agua-que-cedio-al-estado/>

Guillou Vázquez, Víctor. 2015. “El espejismo de la consulta indígena: Hidroeléctrica afectará comunidades y lugares sagrados mapuche”. *Mapuexpress*, 28 de julio. <https://www.mapuexpress.org/2015/07/28/el-espejismo-de-la-consulta-indigena-hidroelectrica-afectara-comunidades-y-lugares-sagrados-mapuche/>

Heras, Carlos. 2017. “La hidroeléctrica que amenaza a 5.000 indígenas bolivianos”. *El País*, 14 de febrero. https://elpais.com/elpais/2017/09/05/planeta_futuro/1504563761_414612.html

Hernández, Catalina. 2016. “Triunfo ambientalista: Desisten construcción de proyecto hidroeléctrico Alto Cautín”. *Fundación Terram*, 25 de mayo de 2016, <https://www.terram.cl/2016/05/triunfo-ambientalista-desisten-construccion-de-proyecto-hidroelectrico-alto-cautin/>

Herrera Guerra, Paul. 2022. “Corte Suprema: Consulta previa se aplicará a los servicios públicos”. *El Peruano*, 19 de enero. <https://elperuano.pe/noticia/137678-corte-suprema-consulta-previa-se-aplicara-a-los-servicios-publicos>

Herrera, Felician. 2020. “Nebaj: derecho de tierras ejidales es restituido al pueblo Ixil”. *Prensa Comunitaria*, 4 de agosto. <https://prensacomunitaria.org/2020/08/nebaj-derecho-de-tierras-ejidales-es-restituido-al-pueblo-ixil/>

Hodel, Steven. 2022. “Guatemala State of Siege Extended for Feuding Communities”. *The Tico Times*, 20 de enero. <https://ticotimes.net/2022/01/20/guatemala-state-of-siege-extended-for-feuding-communities>

Huenchumil, Paula. 2020. “Geógrafo: “Los títulos de merced no contemplan los verdaderos territorios mapuche”. *Interferencia*, 12 de julio. <https://interferencia.cl/articulos/geografo-los-titulos-de-merced-no-contemplan-los-verdaderos-territorios-mapuche>

Instituto Internacional Derecho y Sociedad. 2022. “Tribunal Constitucional del Perú da la espalda a los pueblos indígenas en el Bicentenario”. *Instituto Internacional Derecho y Sociedad (IIDS)*, 11 de enero. <https://www.derechoysociedad.org/tribunal-constitucional-del-peru-da-la-espalda-a-los-pueblos-indigenas-en-el-bicentenario%EF%BF%BC/#:~:text=Decisi%C3%B3n%20del%20Tribunal%20Constitucional&text=Esta%20decisi%C3%B3n%2C%20contrar%C3%ADa%20a%20reiterada,los%20pa%C3%ADses%20de%20la%20regi%C3%B3n>

iAGUATV. 2013. “Los mapuches se movilizan contra la hidroeléctrica Trancura”. *iAGUATV*, 21 de noviembre, <https://www.iagua.es/noticias/chile/13/11/21/los-mapuches-se-moviliza-contr-las-hidroelectrica-trancura-40653>

Infobae. 2021. “Corte Constitucional se trasladó a La Guajira para verificar acceso a los derechos básicos de los niños wayuu”. *Infobae*, 28 de septiembre. <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/09/28/corte-constitucional-se-traslado-a-la-guajira-para-verificar-acceso-a-los-derechos-basicos-de-los-ninos-wayuu/>

Jara, Yuli. 2016. “Ecuador, en permanente estado de excepción. El presidente Correa ha decretado esta situación excepcional hasta 80 veces”. *Ctxt, contexto y acción*, 23 de noviembre. <https://ctxt.es/es/20161123/Politica/9602/Ecuador-Correa-estado-de-excepcion-indigenas.htm>

La República (Sociedad LR). 2022. “Pueblos indígenas logran que consulta previa se aplique a servicios públicos”. *La República*, 17 de enero. <https://larepublica.pe/sociedad/2022/01/17/pueblos-indigenas-logran-que-consulta-previa-se-aplique-a-servicios-publicos/>

La Tercera. 2011. “74% rechaza HidroAysén”. *Diario La Tercera*, 14 de Mayo. <https://www.latercera.com/diario-impreso/74-rechaza-hidroaysen/>

Laizquierda Diario (Corresponsal LID Chile). 2015. “WALLMAPU. Lo logró la movilización: Se rechazó Central Hidroeléctrica Los Aromos”. *Laizquierda Diario*, 20 de agosto. <https://www.laizquierdadiario.cl/Lo-logro-la-movilizacion-Rechazo-a-la-central-hidroelectrica-los-Aromos>

Larraín, Sara. 2016. “Ley de Transmisión: ¿Extractivismo o desarrollo energético?”. *Cooperativa*, 8 de Julio. <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/medio-ambiente/ley-de-transmision-extractivismo-o-desarrollo-energetico/2016-07-08/141057.html>

Lavoz, Fernando. 2019. “Nación Mapuche. La machi que defiende el río”. *Kaos en la Red*, 13 de agosto. <https://kaosenlared.net/nacion-mapuche-la-machi-que-defiende-el-rio/>

Loyola, Rafael. 2017. Entrevista de Edgardo Mora. “Rafael Loyola, director ejecutivo de Apemec: “Este tipo de tecnología deja en Chile cerca del 80% de la inversión”. *Diario de Concepción*, 21 de Octubre. <https://www.diarioconcepcion.cl/economia-y-negocios/2017/10/21/rafael-loyola-director-ejecutivo-de-apemec-este-tipo-de-tecnologia-deja-en-chile-cerca-del-80-de-la-inversion.html>

Madrid, Antonio. 2022. “Araucanía: Tercer Tribunal Ambiental anula la Resolución de Calificación Ambiental de hidroeléctrica Llancalil”. *ONG FIMA*, 22 de abril. <https://www.fima.cl/2022/04/22/araucania-tercer-tribunal-ambiental-anula-la-resolucion-de-calificacion-ambiental-de-hidroelectrica-llancalil/>

Mapuexpress. 2014a. “Curacautín: Impiden el paso de camiones y maquinarias para construcción de central hidroeléctrica”. *Mapuexpress*, 16 de diciembre. <https://www.mapuexpress.org/2014/12/16/curacautin-impiden-el-paso-de-camiones-y-maquinarias-para-construccion-de-central-hidroelectrica/>

-----, 2014b. “Karilafken: Un lugar sagrado Mapuche no es negociable”. *Mapuexpress*, 4 de diciembre. <http://mapuche.info/?kat=1&sida=4798>

-----, 2015a. “Carta de organizaciones a organismos públicos en rechazo a proyecto hidroeléctrico doña Alicia en Curacautín”. *Mapuexpress*, 10 de marzo. <https://www.mapuexpress.org/2015/03/10/carta-de-organizaciones-a-organismos-publicos-en-rechazo-a-proyecto-hidroelectrico-dona-alicia-en-curacautin/>

-----, 2015b. “La carta que emplaza al Ministerio de Energía por atropellos hidroeléctricos en la Región de la Araucanía”. *Mapuexpress*, 30 de julio. <https://www.mapuexpress.org/2015/07/30/la-carta-que-emplaza-al-ministerio-de-energia-por-atropellos-hidroelectricos-en-la-region-de-la-araucania/>

-----, 2015c. “Comunicado desde Curacautín con una actualización de estado sobre proyectos hidroeléctricos en la zona”. *Mapuexpress*, 12 de julio. <https://www.mapuexpress.org/2015/07/12/comunicado-desde-curacautin-con-una-actualizacion-de-estado-sobre-proyectos-hidroelectricos-en-la-zona/>

-----, 2015d. “No a la mini central hidroeléctrica en el estero Resbaloso-Kurarrehue”. *Mapuexpress*, 13 de marzo. <https://www.mapuexpress.org/2015/03/13/no-a-la-mini-central-hidroelectrica-en-el-estero-resbaloso-kurarrehue/>

-----, 2015e. “Karilafken: Queda en evidencia inviabilidad e insustentabilidad de proyecto hidroeléctrico Los Aromos”. *Mapuexpress*, 14 de septiembre. <http://mapuche.info/?kat=1&sida=6189>

-----, 2015f. “Emplazan a organismos del estado por invasivo proyecto hidroeléctrico de empresario francés en Curarrehue”. *Mapuexpress*, 28 de abril. <https://www.mapuexpress.org/2015/04/28/emplazan-a-organismos-del-estado-por-invasivo-proyecto-hidroelectrico-de-empresario-frances-en-curarrehue/#sthash.amaTqt9n.dpbs>

-----, 2015g. “Denuncian a empresario francés por amenaza hidroeléctrica en territorio Mapuche Pewenche de Curarrehue”. *Mapuexpress*, 27 de abril. <https://www.mapuexpress.org/2015/04/27/denuncian-a-empresario-frances-por-amenaza-hidroelectrica-en-territorio-mapuche-pewenche-de-curarrehue/>

-----, 2017. “Conflicto hidroeléctrico: Amplio repudio por atropello de lugar sagrado mapuche en el Truful Truful de Melipeuco”. *Mapuexpress*, 14 de septiembre. <https://www.mapuexpress.org/2017/09/14/conflicto-hidroelectrico-amplio-repudio-por-atropello-de-lugar-sagrado-mapuche-en-el-truful-truful-de-melipeuco/>

-----, 2019. “Comunidades crean el Parlamento Territorial Mapuche de Kurarrehue”. *Mapuexpress*, 22 de mayo. <https://www.mapuexpress.org/2019/05/22/comunidades-crean-el-parlamento-territorial-mapuche-de-kurarrehue/>

-----, 2021. “Comunicado del Movimiento por la Defensa del río Renaico ante renuncia de empresa a proyecto Hidroeléctrica Agua Viva”. *Mapuexpress*, 19 de abril. <https://www.mapuexpress.org/2021/04/19/comunicado-del-movimiento-por-la-defensa-del-rio-renaico-ante-renuncia-de-empresa-a-proyecto-hidroelectrica-agua-viva/>

Martínez Alier, Joan. 2015. Entrevista por Manuel Ruiz Rico. “El concepto de crecimiento verde es absurdo, es el súper oxímoron”. *La Marea*, 11 de marzo. <https://www.lamarea.com/2015/03/11/el-concepto-de-crecimiento-verde-es-absurdo-es-el-super-oximoron/>

Menares, Felipe. 2018. “Comunidad mapuche de Curarrehue ante amenaza de proyecto hidroeléctrico: “Queremos que nuestro territorio siga libre y eso no tiene precio”. *El Ciudadano*. <https://www.elciudadano.com/chile/comunidad-mapuche-de-curarrehue-ante-amenaza-de-proyecto-hidroelectrico-queremos-que-nuestro-territorio-siga-libre-y-eso-no-tiene-precio/04/05/#ixzz5BoVp6CCE>

Morán, Carlos. 2018. “Caso OXEC, La primera Macro Sentencia en la historia constitucional de Guatemala – Carlos Morán”. *The Lawyer, Revista Centroamericana*, <https://thelawyermagazine.com/caso-oxec-la-primera-macro-sentencia-en-la-historia-constitucional-de-guatemala-carlos-moran/>

Muñoz, Ángela. 2014. “Reportaje Curarrehue: La geopolítica del territorio y las amenazas afuerinas”. *Mapuexpress*, 11 de septiembre. <https://www.mapuexpress.org/2014/09/11/reportaje-curarrehue-la-geopolitica-del-territorio-y-las-amenazas-afuerinas/>

Naranjo Solano, Javier (Opinión). 2014. “El problema del fraccionamiento en el sistema de evaluación ambiental”. *LWYR*, 17 de diciembre. <http://www.lwyr.cl/opinion/el-problema-del-fraccionamiento-en-el-sistema-de-evaluacion-ambiental/>

Ñuke Mapu. Centro de Documentación Mapuche. 2015a. “Contra proyecto hidroeléctrico Los Aromos en Pitrufquen”. *Ñuke Mapu, Centro de Documentación Mapuche*, 5 de enero. <http://mapuche.info/?kat=1&sida=4946>

-----, 2015b. “Curacautín: Criminalizan a comuneros Mapuche defensores del territorio por amenaza hidroeléctrica”. *Ñuke Mapu, Centro de Documentación Mapuche*, 31 de mayo. <http://www.mapuche.info/print.php?pagina=5673>

-----, 2015c. “No a la mini central hidroeléctrica en el estero Resbaloso-Kurarrehue”. *Ñuke Mapu, Centro de Documentación Mapuche*, 16 de marzo. <https://www.mapuche.info/print.php?pagina=5282>

Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA). 2014. “Denuncian ante la ONU grave amenaza de proyectos hidroeléctricos en territorio mapuche”. *OLCA*, 3 de noviembre. <https://olca.cl/articulo/nota.php?id=104924>

Orrego, Juan Pablo (Opinión). 2012. “Alto Bio Bio: el robo del alma”. *Cooperativa*, 19 de Julio. blogs.cooperativa.cl/opinion/medio-ambiente/20120719181008/alto-bio-bio-el-robo-del-alma/

Ortiz, Conny. 2014. “Cosmovisión, agua y ecosistemas”. *Mapuexpress*, 12 de Agosto. <https://www.mapuexpress.org/2014/08/12/cosmovision-agua-y-ecosistemas-por-conny-ortiz/>

Pacheco-Matte, Máximo. 2013. "Chile según Pacheco". Entrevista por Juan Andrés Quezada. *Revista Qué Pasa, La Tercera*, 10 de Enero. www.quepasa.cl/articulo/negocios/2013/01/16-10934-9-chile-segun-pacheco.shtml/

-----, 2016. "Centrales hidroeléctricas de pasada: energía limpia y barata para el país". *El Mercurio*, 2 de Noviembre.

Parra, Francisco. 2019. "El esperado plan de recorte de emisiones de Chile". *Qué Pasa*, 15 de octubre. <https://www.revistaei.cl/2019/10/15/el-esperado-plan-de-recorte-de-emisiones-de-chile/>

Paz, Antonio José. 2019. "Defensores ambientales: rendirse no es una opción". *Mongabay Latam*, 28 de octubre. <https://es.mongabay.com/2019/10/defensores-ambientales-america-latina-amenazas-y-asesinatos-especial/>

Pizarro, Carolina. 2015. "La renovada apuesta del gobierno por la hidroelectricidad". *La Tercera*, 18 de octubre. <https://www.latercera.com/noticia/la-renovada-apuesta-del-gobierno-por-la-hidroelectricidad/>

Prado, Elizabeth. 2022. "Tribunal Constitucional falla en contra de derechos de los pueblos indígenas". *La República*, 6 de marzo. <https://larepublica.pe/politica/2022/03/06/tribunal-constitucional-falla-en-contra-de-derechos-de-los-pueblos-indigenas-puno-defensoria-del-pueblo/>

ProAraucanía. 2021. "Melipeuco salió a marchar en rechazo a proyecto hidroeléctrico en río Triful Triful". *Proaraucania*, 19 de junio. <http://www.proaraucania.com/colorida-marcha-en-rechazo-a-proyecto-hidroelectrico-en-rio-triful-triful-recorrio-las-calles-de-melipeuco/>

Puelche comunicaciones. 2016. "Chile / Mapuche. Centrales hidroeléctricas de paso: una amenaza para el Wallmapu". *Kaos en la red*, 22 de febrero. <https://archivo.kaosenlared.net/chile-mapuche-centrales-hidroelectricas-de-paso-una-amenaza-para-el-wallmapu/>

Pulof comunicaciones. 2015. "Nuevo triunfo de movilizaciones mapuche paraliza 3º central hidroeléctrica en Curacautín: ahora central "Doña Alicia". *Alianza Territorial Mapuche*, 2 de abril. <https://www.alianzateritorialmapuche.com/2015/04/nuevotriunfo-de-movilizaciones-mapuche.html>

-----, 2016. "Fuerza y argumentos mapuche logran paralizar segunda central hidroeléctrica en Curacautín". *Alianza Territorial Mapuche*, 30 de mayo. <https://www.alianzateritorialmapuche.com/2016/05/fuerza-y-argumentos-mapuche-logran.html>

Quintanilla, Víctor. 2018. "Comunidades indígenas de Guatemala presentan reclamo ante el BID por los daños de dos represas". *Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA)*, 6 de agosto. <https://aida-americas.org/es/prensa/comunidades-indigenas-de-guatemala-presentan-reclamo-ante-el-bid-por-los-da%C3%B1os-de-dos-represas>

Radio Kurruf. 2021. "Exitosa convocatoria de comunidades mapuche y organizaciones por la defensa del Triful Triful". *Radio Kurruf*, 14 de junio. <http://radiokurruf.org/2021/06/14/audio-exitosa-convocatoria-de-comunidades-mapuche-y-organizaciones-por-la-defensa-del-triful-triful/>

Red de Defensa de los Territorios. 2016. “La otra invasión hidroeléctrica: Mini hidros avanzan sin control en la Araucanía”. *Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA)*, 8 de febrero. <https://olca.cl/articulo/nota.php?id=105950>

Resumen.cl. 2021. “Comunidades triunfan luego que empresa renunciara al proyecto Hidroeléctrico de Pasada Agua Viva”. *Resumen.cl*, 17 de abril. <https://resumen.cl/articulos/comunidades-triunfan-luego-que-empresa-renunciara-al-proyecto-hidroelectrico-de-pasada-agua-viva>

Richards, Patricia. 2009. “Chile entre el indio permitido y el indio insurrecto”. Entrevistada por Wladimir Painemal. *Azkintuwe*, 20 de agosto. <https://www.surysur.net/chile-entre-el-indio-permitido-y-el-indio-insurrecto/>

Rivera, Nelton. 2020. “Huehuetenango: cierran juicio contra autoridades ancestrales en oposición a hidroeléctricas”. *Prensa Comunitaria*, 27 de octubre. <https://www.prensacomunitaria.org/2020/10/huehuetenango-cierran-juicio-contr-a-autoridades-ancestrales-en-oposicion-a-hidroelectricas/>

Salisbury, Claire. 2018. “Las minicentrales hidroeléctricas son un gran problema global que la ciencia y las políticas pasan por alto”. *Mongabay Latam*, 10 de noviembre. <https://es.mongabay.com/2018/11/el-gran-problema-global-de-las-minicentrales-hidroelectricas/>

Seguel, Alfredo. 2016. “Los saqueos neoliberales: De José Piñera Echeñique a Máximo Pacheco Matte”. *Mapuexpress*, 20 de octubre. <https://www.mapuexpress.org/2016/10/20/los-saqueos-neoliberales-de-jose-pinera-echenique-a-maximo-pacheco-matte/>

SERVINDI. 2014. “Sentencia judicial ordena consultar proyecto Hidrovía Amazónica en Perú”. *Servindi, Comunicación intercultural para un mundo más humano y diverso*, 22 de octubre. <https://www.servindi.org/actualidad/116292>

Sierra Praeli, Yvette. 2018. “Perú: ley prioriza construcción de carreteras que amenazarían a pueblos indígenas”. *Mongabay, periodismo ambiental independiente en Latinoamérica*, 22 de enero. <https://es.mongabay.com/2018/01/peru-ley-carreteras-pueblos-indigenas-piaci/>

Territorio Ancestral. 2017. “Las aguas puras del Truful Truful (Melipeuco)”. *Territorio Ancestral*, 27 de marzo. <https://www.territorioancestral.cl/2017/03/29/las-aguas-puras-del-truful-truful-melipeuco/>

Toro, David. 2019. “CSJ suspende licencia minera de la empresa Cantera Los Manantiales”. *Prensa Comunitaria*, 29 de noviembre. <https://prensacomunitaria.org/2019/11/csj-suspende-licencia-minera-de-la-empresa-cantera-los-manantiales/>

-----, 2020. “La CC decidirá sobre legalidad de la licencia ambiental de la hidroeléctrica Pojom II”. *Prensa Comunitaria*, 4 de diciembre. <https://www.prensacomunitaria.org/2020/12/la-cc-decidira-sobre-legalidad-de-la-licencia-ambiental-de-la-hidroelectrica-pojom-ii/>

UPI Chile. 2014. “Ministro Pacheco llama a 'deshidroaysenizar' discusión energética y señala inviabilidad de proyecto”. *El Mostrador*, 12 de marzo. <https://www.elmostrador.cl/ahora/2014/03/12/ministro-pacheco-llama-a-deshidroaysenizar-discusion-energetica-y-senala-inviabilidad-de-proyecto/>

Vargas, José Luis. 2011. “Chile: sin estudio de impacto ambiental empresa busca instalar proyecto hidroeléctrico”. *BiodiversidadLA*, 21 de septiembre. [https://www.biodiversidadla.org/Principal/Prensa/Chile sin estudio de impacto ambiental empresa busca instalar proyecto hidroelectrico](https://www.biodiversidadla.org/Principal/Prensa/Chile_sin_estudio_de_impacto_ambiental_empresa_busca_instalar_proyecto_hidroelectrico)

Weissman, Iván. 2016. “Máximo Pacheco: “Estamos haciendo una transformación profunda de la matriz energética de Chile y demostrando que el Estado puede”. *El Mostrador*, 9 de mayo. <https://www.elmostrador.cl/mercados/2016/05/09/maximo-pacheco-estamos-haciendo-una-transformacion-profunda-de-la-matriz-energetica-de-chile-y-demostrando-que-el-estado-puede/>

Yagenova, Simona V. 2021. “Caso Oxec, reflexiones sobre la sentencia de la CC”. *Prensa Comunitaria*, 12 abril. <https://www.prensacomunitaria.org/2018/04/caso-oxec-reflexiones-sobre-la-sentencia-de-la-cc/>

Yaranga, Mario. 2021. “Alerta ambiental por ley que declara de interés nacional proyecto vial Pucallpa – Cruzeiro do Sul”. *Movimiento Ciudadano frente al Cambio Climático (MOCIUCC)*, 26 de mayo. <https://mociucc.org/amazonia/alerta-ambiental-por-interes-en-proyecto-vial-pucallpa-cruzeiro-do-sul/>

PRESENTACIONES Y AUDIOVISUALES.

Ariza, Rosembert. 2021. “Argumentación jurídica de los derechos de la Naturaleza”. Primer Encuentro Nacional del Bufete para Pueblos Indígenas, 10 de diciembre. <https://www.facebook.com/100064882262740/videos/693354571606231/>

Atria, Fernando. 2020. “Agua como bien nacional de uso público y su nacionalización”. Conferencia pronunciada en Fuerza Común Facebook Live, 2 de Mayo. <https://fuerzacomun.cl/video/agua-como-bien-nacional-de-uso-publico-y-su-nacionalizacion/>

Bauer, Carl J. 2020. “La doctrina del public trust en EEUU en el contexto constitucional en Chile”. Conferencia pronunciada en las III Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas «Repensando la Regulación de las Aguas: Crisis Socioambiental y Proceso Constituyente en la Universidad de Chile, 2 de Septiembre. <https://www.youtube.com/watch?v=BFC2MkNAS00>

Bene, Daniela Del. 2018b. “Energy transitions or Renewables’ extractivism? Resisting Hydroelectric Dams for an Energy Sovereignty Project”. Conferencia pronunciada en el Congreso Lasa celebrado en Barcelona, 25 de mayo.

------. 2018c. “La trampa de las "mini" represas hidroeléctricas”. Conferencia pronunciada en el Conversatorio organizado por Otros Mundos A.C. en el Foro Cultural Kinoki, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, Méjico, 19 de septiembre. <https://www.youtube.com/watch?v=VUnsvZzVAOI> (último acceso: 29 de enero de 2019).

Botero, Carolina Ángel. 2021. “Una mirada crítica a los litigios sobre el agua. Un diálogo entre Colombia y Guatemala”. Rivers ERC Project, 23 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=d-O9c3WXYGI&t=2647s&ab_channel=RiversERCProject

Brinks, D. y A. Singh. 2021. “Right to Water”. PhD Course: Effects of Lawfare. CMI-UiB Centre on Law and Social Transformation.

Carhuatoc, Henry. 2021. “Litigio estratégico en la defensa de los pueblos indígenas”. Recuento Ambiental, 6 abril. <https://www.facebook.com/recuentoambiental/videos/909808486459948>

Castro, Juan. 2021. “Una mirada crítica a los litigios sobre el agua. Un diálogo entre Colombia y Guatemala”. Rivers ERC Project, 23 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=d-O9c3WXYGI&t=2625s&ab_channel=RiversERCProject

Celis Huaiquilaf, Bastián E. 2016. “Concurso Ley 18.450. ERNC – MICROHIDROS 2016”. <https://docplayer.es/36177347-Concurso-ley-ernc-microhidros-2016-c-n-r-c-o-m-i-s-i-o-n-n-a-c-i-o-n-a-l-d-e-r-i-e-g-o.html>

------. 2017. “Fomento a Obras de Riego con Microcentrales Hidroeléctricas”. Presentación CNR en APEMEC, 22 de junio. <http://www.apemec.cl/wp-content/uploads/2017/07/7.-Manuel-Silva-CNR.pdf>

Cepeda, Carla. 2021. “El agua para el pueblo mapuche”. Seminario web, Universidad de La Frontera (UFRO), Temuco. <https://www.youtube.com/watch?v=GRI-36zuQKg>

Chile Sustentable. 2017. “Peligro de Gol a la Reforma al Código de Aguas”, 27 de abril. <http://www.chilesustentable.net/2017/04/peligro-de-gol-a-la-reforma-al-codigo-de-aguas/>

Clavijo-Ospina, Felipe. 2019. “Epistemología del Agua en la Jurisprudencia Colombiana”. Conversatorio “Epistemología del Agua en la Jurisprudencia Constitucional caso Colombia-Guatemala”, organizado por Nim Ajpu - Asociación de Abogados y Notarios Mayas. Ciudad de Guatemala, 13 de noviembre. https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=1462269227270653

Coñequir Panguilef, Marisol. 2019. “Mogelenmü ko egü / Conviviendo con el agua. Capítulo 1-Kurarrehue”. Dirigido por Gonzalo Puebla Araya. Producido por Humo de Temu. <https://www.youtube.com/watch?v=oa5rhWIIHek>

Costa, Ezio. 2020. “Agua como bien común”. Director Ejecutivo ONG FIMA. III Jornadas de Aguas “Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente”. Universidad de Chile, 2 de septiembre. https://www.youtube.com/watch?v=BFC2MkNAS00&ab_channel=uchilederecho

Crisóstomo Loncopán, Leonardo Simón. 2018b. “Simon Crisostomo Loncopan testimonio”. Observatorio Ciudadano, 20 de diciembre. <https://www.youtube.com/watch?v=9Asv7aJgZfA>

-----, 2019. “Mogelenmü ko egü / Conviviendo con el agua. Capítulo 1: Kurarrehue”. Dirigido por Gonzalo Puebla Araya. Producido por Humo de Temu. <https://www.youtube.com/watch?v=oa5rhWIIHek>

Cuadra Montoya, Ximena. 2021a. “Multiculturalismo neoliberal extractivo en la cuestión hidroeléctrica en territorio mapuche”. IV Ciclo del Coloquio de Conflictos Territoriales, Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social – Centro COES, 6 de septiembre. https://www.youtube.com/watch?v=dNbmUWh8hQk&ab_channel=CentroCOES

Curamil, Alberto. 2020. Entrevista por Camilo Mansilla, conversatorio con Rodrigo Mundaca, Oscar Olivera y Alberto Curamil, programa “Café en Cuarentena: por la recuperación de las aguas en la Abya Yala”, 28 de abril. <https://www.youtube.com/watch?v=3DDmZVWcAK4>

Curamil, Belén. 2019. “Alberto Curamil acceptance speech, with Belen Curamil, 2019 Goldman Environmental Prize”. En *Goldman Environmental Prize*, 10 de mayo. https://www.youtube.com/watch?v=fUKiQS6yJQc&ab_channel=GoldmanEnvironmentalPrize

Delgadillo, Lylían. 2021. “Litigio estratégico en la defensa de los pueblos indígenas”. Recuento Ambiental, 6 abril. <https://www.facebook.com/recuentoambiental/videos/909808486459948>

Delgado Schneider, Verónica. 2021. “Participación y acceso a la justicia ambiental bajo estándares internacionales”. Temuco: Recursos de protección ambientales interpuestos por mapuche. Seminario online: Universidad Autónoma de Chile, 17 de mayo https://www.youtube.com/watch?v=TAKz9ixx4Jc&ab_channel=ComunicacionesUATemuco

Donoso, Guillermo. 2020. “El Agua en Chile”. Conversatorio con Guillermo Donoso, María Molinos y Daniela Rivera, organizado por el CADe UC y la Vocalía de Sustentabilidad, 26 de junio.

Durán Soto, Álvaro. 2021b. “Jurisprudencia en recursos de protección: déficit de la consulta indígena en el SEIA y pervivencia del recurso de protección”. Seminario online: [Recursos de protección ambientales interpuestos por mapuche. Temuco: Universidad Autónoma de Chile, 17 de mayo. https://www.youtube.com/watch?v=TAKz9ixx4Jc&ab_channel=ComunicacionesUAtemuco](https://www.youtube.com/watch?v=TAKz9ixx4Jc&ab_channel=ComunicacionesUAtemuco)

Fariñas, María José. 2020. “La juridificación de la política: derecho y pueblos indígenas”. Seminario online del proyecto RIVERS, Universidad Carlos III, 28 de abril.

Galindo, Ana. 2022. ““Vista Pública 35-2022, expediente 6639-2021”. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Letrada Ministerio Público, 23 de marzo. <https://www.facebook.com/nimajpu/videos/684068365956538>

González-Serrano, María Jacinta. 2021. “Una mirada crítica a los litigios sobre el agua. Un diálogo entre Colombia y Guatemala”. Rivers ERC Project, 23 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=d-O9c3WXYGI&t=2647s&ab_channel=RiversERCProject

Grosfoguel, Ramón. 2019. “¿Qué es la teoría decolonial?”. Entrevista por Omaira Beltrán. Itacat. Agència de Comunicació Intercultural, 16 de Junio. https://ajuntament.barcelona.cat/bcnacciointercultural/es/noticia/entrevista-que-se-la-teoria-decolonial-al-profesor-ramon-grosfoguel-lo-explica-a-traves-de-itacat-radio_822033

------. 2021. “Racismo, racismo epistémico y la pauperización del mundo: hacia una justicia social y epistémica global”. Conferencia introductoria para el evento intercontinental “Colonización, Descolonización y Neocolonialismo. Desde la Justicia y el bien común”, 21 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=UGe502XvnCs&t=15s&ab_channel=COPAJU

Guerra-Schleef, Felipe. 2019b. Audiencia Tercer Tribunal Ambiental, 5 de enero. <https://causas.3ta.cl/causes/299/expedient/7290/books/172/?attachmentId=13263>

------. 2020. “Participación ciudadana y consulta indígena”. Conversatorio organizado por Sociedad Civil Por la Acción Climática (SCAC), 15 de septiembre. https://www.youtube.com/watch?v=4HlfElBAXIk&ab_channel=SociedadCivilPorlaAcci%C3%B3nClim%C3%A1tica

Gutiérrez, Andrés. 2020. “Desde la seguridad jurídica a la tutela constitucional del derecho humano al agua y saneamiento”. Terceras Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas, Universidad de Chile. Santiago, 2 de Septiembre. https://www.youtube.com/watch?v=BFC2MkNAS00&list=PLuW0m7dt2VR8WvuPqs2IRUUCMEVH_jmUh&index=23&ab_channel=uchilederecho

Hernando-Arrese, Maite. 2022. “Minicentrales hidroeléctricas en el sur de Chile: proyectos de bajo impacto para los territorios?”. Revista Territorio Sur, 4 Conversatorio Virtual minicentrales hidroeléctricas, abril. https://www.youtube.com/watch?v=D4LN7jjDnu4&t=14s&ab_channel=RevistaTerritorioSur

Hervé, Dominique. 2014. “Taller de Asistencia al Cumplimiento Ambiental. Macro Zona Sur”. Superintendencia del Medio Ambiente.

<https://studylib.es/doc/7717747/presentaci%C3%B3n-de-powerpoint---superintendencia-del-medio-a...>

Huenteman, Cristian. 2019. “Mogelenmü Ko Egu - Conviviendo con el agua, Capítulo 4- Boyeco”. Documental dirigido por Humo de Temu. <https://www.youtube.com/watch?v=ZBKCLybQdRU&t=13s>

Huenupi Relmucao, Luz. 2019. “Mogelenmü ko egü/Conviviendo con el agua. Capítulo 3: Melipeuko”. Dirigido por Gonzalo Puebla Araya. Producido por Humo de Temu. https://www.youtube.com/watch?v=_p-Q6g_lpdY&t=7s

Inaipil, Carlos. 2021. “El agua para el pueblo mapuche”. Temuco: Universidad de la Frontera, seminario web, 21 de enero. <https://www.youtube.com/watch?v=GRI-36zuQKg&t=178s>

Instituto Internacional Derecho y Sociedad. 2021. “FENAP exige al Tribunal Constitucional una sentencia favorable a sus demandas”. Comunicaciones IIDS, 2 de diciembre. <https://www.youtube.com/watch?v=KdKDVm9xLoA>

Ixcamparij, Juan Gabriel. 2019. “Comunidades originarias maya mam piden amparo definitivo a la CSJ en contra de Hidrosalá”. Vista Pública: Corte Suprema de Justicia, 4 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=Jlw7RcLg0jM&t=236s&ab_channel=NimAjpu-Asociaci%C3%B3ndeAbogadosMayas

------. 2021. “Una mirada crítica a los litigios sobre el agua. Un diálogo entre Colombia y Guatemala”. Rivers ERC Project, 23 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=d-O9c3WXYGI&t=2647s&ab_channel=RiversERCProject

------. 2022. “Vista Pública 35-2022, expediente 6639-2021”. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 23 de marzo. <https://nimajpu.org/comunidades-maya-mam-de-san-peblo-san-marcos-defiende-sentencia-en-la-corte-de-constitucionalidad/>

Langford, Malcolm. 2017. “Conceptualizing Lawfare Effects – Introduction Lawfare Effects: Material, Political and Symbolic” (ponencia, Centre on Law and Social Transformation, Universidad de Bergen, 18 de Agosto).

Leon, Ariel. 2020. “Derechos culturales y patrimonio indígena”. Academia constitucional indígena, 5ª Sesión virtual, Universidad de Chile, 24 de junio. <https://www.facebook.com/watch/live/?v=814305125769321>

Llanquileo, Silvia. 2019. “Mogelenmü ko egü - Conviviendo con el agua: Capítulo 4- Boyeco”. Documental dirigido por Gonzalo Puebla Araya. Productora Humo de Temu. www.youtube.com/watch?v=ZBKCLybQdRU

Mansilla, Camilo. 2021. “Derecho al agua e impacto en poblaciones rurales, campesinas e indígenas”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Audiencia, 179 Período de Sesiones, 24 de marzo. <https://www.youtube.com/watch?v=fMC6QH2-kPk>

Marin Manchecoi, Florencio Héctor. 2019. “Mogelenmü ko egü / Conviviendo con el agua. Capítulo 2-Mallolafken”. Dirigido por Cristian Peralta Celis. Productora Humo de Temu. <https://www.youtube.com/watch?v=VQNczBhSTcI>

Martí Puig, Salvador. 2020. “La juridificación de la política indígena. Derecho y pueblos indígenas”. Seminario online del Proyecto Rivers, Universidad Carlos III, 28 de abril. https://www.youtube.com/watch?v=wquKwdguv-o&ab_channel=RiversERCProject

Melín, Miguel. 2021. “Conversatorio Derecho Ancestral de Territorio”. 2 de marzo. <https://www.facebook.com/ManuelaRoyoD23/videos/897183021039232/>

Milanca, Javier. 2019. “Río Sagrado”. Dirigido por Nicole Ellena y Erick Vigouroux. Producido por MVMT y Bestias del Sur.

Millaleo, Salvador. 2021. “Los Derechos de Pueblos Indígenas y el buen vivir como principio fundamental de la Nueva Constitución”. Seminario “Buen vivir en la Nueva Constitución: Los derechos de Pueblos Indígenas y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como ejes de la Nueva Constitución”, 25 de mayo.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2021. “El litigio estratégico en favor de los pueblos indígenas”. Recuento Ambiental: webinar, 6 de abril. <https://www.facebook.com/recuentoambiental/videos/258023576003863>

Navarro, Rodrigo. 2015. “En el gobierno de la Nueva Mayoría, aprueban hidroeléctrica en Curarrehue”, de 16 de julio. https://www.youtube.com/watch?v=n-97u1dRMYE&ab_channel=RodrigoNavarro

Neculqueo, Suyai. 2020. “Agua, derechos y cosmovisiones de los pueblos originarios”. Conversatorio *Desveladas por el Agua*, 31 de agosto. https://www.youtube.com/watch?v=hHWzz9fIUto&ab_channel=DesVeladasporelAgua

-----, 2021. “El agua para el pueblo mapuche”. Seminario web, Universidad de La Frontera (UFRO), Temuco. <https://www.youtube.com/watch?v=GRI-36zuQKg>

Neihual, Mario. 2019. “Río sagrado”. Documental dirigido por Nicole Ellena y Erick Vigouroux. Producido por MVMT y Bestias del Sur.

Pacheco Cornejo, Hellen Teresita. 2021. “Recursos de protección ambientales interpuestos por mapuche después de la creación de los Tribunales Ambientales: jurisprudencia y demandas”. Temuco: Recursos de protección ambientales interpuestos por mapuche. Seminario online: Universidad Autónoma de Chile, 17 de mayo https://www.youtube.com/watch?v=TAKz9ixx4Jc&ab_channel=ComunicacionesUATEmuco

Pacheco-Matte, Máximo. 2018c. “Revolución energética en Chile”. Santiago: Universidad Técnica Federico Santa María, 27 de noviembre. Conferencia. <https://www.youtube.com/watch?v=rbGmkdS491M> (último acceso: 20 de febrero de 2020).

Panguilef, Benita. 2015. “Avñinko. El Grito de las Aguas”. Edición Jerónimo Galleguillos Casanova y Leonardo Crisóstomo Loncopán. <https://www.youtube.com/watch?v=vA8voyjm6AE>

Pérez-Ortiz, Abigail. 2019. “Comunidades originarias maya mam piden amparo definitivo a la CSJ en contra de Hidrosalá”. Vista Pública: Corte Suprema de Justicia, 4 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=Jlw7RcLg0jM&t=236s&ab_channel=NimAjpu-Asociaci%C3%B3ndeAbogadosMayas

Pichicura, Pedro. 2019. “Mogelenmü ko egü/Conviviendo con el agua. Capítulo 6: Malleko”. Dirigido por Álvaro Sepúlveda Rivas. Producido por Humo de Temu. https://www.youtube.com/watch?v=sWiYKM_RAvw

Pop, Amílcar. 2019. “Epistemología del Agua en la Jurisprudencia Constitucional caso Colombia-Guatemala”. 13 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=IwE5JmNcY8c&t=2293s&ab_channel=NimAjp-Asociaci%C3%B3ndeAbogadosMayas

Quispe, Maritza. 2021. “El litigio estratégico en defensa de los pueblos indígenas”. Recuento Ambiental: webinar, 2 de abril. <https://www.facebook.com/recuentoambiental/videos/3966933830012207>

Ramón, Simón Antonio. 2021. “Una mirada crítica a los litigios sobre el agua. Un diálogo entre Colombia y Guatemala”. Rivers ERC Project, 23 de noviembre, https://www.youtube.com/watch?v=d-O9c3WXYGI&t=2647s&ab_channel=RiversERCProject

Rivera Bravo, Daniela. 2020. “El agua en Chile”. Santiago. Conferencia pronunciada en la Universidad Católica de Chile, 26 de junio.

Rojas Marchini, Fernanda y Maite Hernando Arrese. 2019. “La tecnocracia ambiental de la despolitización: El asesinato de Macarena Valdés y la lucha de la Comunidad Newen de Tránguil en Wallmapu, Chile”. En *LASA Forum* 50, nº 4: 41-45. <https://forum.lasaweb.org/files/vol50-issue4/Dossier-9.pdf>

Royo, Manuela. 2021. “Pueblos indígenas y medio ambiente en la nueva constitución”. Charla magistral, ONG FIMA, 12 de agosto. https://www.youtube.com/watch?v=qiS4oIERYhg&t=15s&ab_channel=ONGFIMA

Sacaluga, Juan Antonio. 2007. “Chile: ríos de vida, ríos vendidos”. Documental RTVE. <https://www.rtve.es/television/20110601/portada-chile-rios-vida-rios-vendidos/436161.shtml>

Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). 2020. “Curso Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Santiago.

Sieder, Rachel. 2020b. “La juridificación de la política: derecho y pueblos indígenas”. Conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III de Madrid, 28 de abril. https://www.youtube.com/watch?v=wquKwdguv-o&ab_channel=RiversERCProject

Slujs, Jeroen van der. 2016. “*Responsible Evidence Appraisal*”. Curso Lawfare: the Use of Courts and Law as Battlegrounds for Social Change, Centre on Law and Social Transformation, University of Bergen, 24 de agosto.

Toledo Martel, Gonzalo. 2008. “Patrimonio cultural mapuche tangible e intangible: el caso Trayenko Trafkura de la Comuna de Melipeuco”. Antropólogo Universidad de Valdivia, https://seia.sea.gob.cl/archivos/recurso_36-09.pdf

Tzul, Jovita. 2022. “Vista Pública 35-2022, expediente 6639-2021”. Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 23 de marzo, <https://nimajpu.org/comunidades-maya-mam-de-san-peblo-san-marcos-defiende-sentencia-en-la-corte-de-constitucionalidad/>

Unidad de Gestión de Proyectos. 2015. “Plan 100 Minihidros”. Elaborado por Paulina Pérez. Santiago: Ministerio de Energía, Gobierno de Chile. <https://slideplayer.es/slide/5308503/>

Weisner, Rodrigo. 2007. “Chile: ríos de vida, ríos vendidos”. Documental RTVE. <https://www.rtve.es/television/20110601/portada-chile-rios-vida-rios-vendidos/436161.shtml>

Wences Simon, María Isabel. 2020. “La juridificación de la política: derecho y los pueblos indígenas”. Seminario Rivers Project-ERC, Universidad Carlos III de Madrid, 28 de abril. https://www.youtube.com/watch?v=wquKwdguv-o&ab_channel=RiversERCProject

Wilson, Bruce. 2017. “Introducing Lawfare: Concepts, Approaches” (ponencia, Center on Law and Social Transformation, Universidad de Bergen, 17 de Agosto).

Yáñez, Nancy. 2017. “Derechos Indígenas: derecho internacional y nacional”. Universidad de Deusto, programa de Formación en Derechos Humanos para Líderes y Líderesas indígenas latinoamericanas, mayo.

Yrigoyen, Raquel. 2021a. “Audiencia Pública Tribunal Constitucional - FENAP”. Lima, 17 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=JUyUSvOFtxE&ab_channel=ComunicacionesIIDS

-----, 2021b. “Hacia la descolonización del derecho y la justicia desde el pluralismo jurídico igualitario y los derechos de los pueblos indígenas”. Conferencia introductoria para el evento intercontinental sobre “Colonización, Descolonización y Neocolonialismo. Desde la Justicia y el bien común”, 14 de octubre. https://www.youtube.com/watch?v=eZAWt-MWb7U&t=1183s&ab_channel=COPAJU

DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS.

Anaya, James. 2009a. “Informe del ex Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá)”, Adenda, A/HRC/12/34/Add.5, 7 de septiembre. unsr.jamesanaya.org/wp-content/uploads/2008/10/2009_special_panama_chan_en.pdf

-----, 2009b. “La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 5 de octubre, A/HRC/12/34/Add.6. https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_s.p.pdf

-----, 2009c. “Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de pueblos indígenas en Chile”. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, 24 de abril. Documento A/HRC/12/34/Add.6. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

-----, 2009d. “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”. OHCHR, Naciones Unidas. A/HRC/12/34, 15 de julio.

-----, 2012. “Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Chile”. Noviembre. <http://unsr.jamesanaya.org/wp-content/uploads/2012/11/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>

-----, 2013. “Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 1 de julio. Documento A/HRC/24/41. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Documents/A-HRC-24-41_en.pdf

-----, 2014. “Report on Observations to Communications Sent and Replies Received by the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples”. Addendum. Observations on communications. A/HRC/27/52/Add.4, 3 de septiembre.

Cali, José Francisco, Dante Pesce, Mary Lawlor, y Diego García-Sayan. 2021. “Mandatos del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Grupo de Trabajos sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas; de la Relatora Especial sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos y del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados”. 21 de junio, referencia AL GTM 5/2021. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=26479>

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). 2013. Observación (CEACR). Chile. Adopción: 2012, Publicación: 102ª reunión CIT https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3058398,102588,Chile,2012

-----, 2014. “Solicitud directa (CEACR)”. Chile. Adopción 2013. Publicación: 103ª reunión CIT. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3140784

-----, 2017a. “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones”. Conferencia Internacional del Trabajo. Informe III (Parte 1A). ILC.106/III (1A). Ginebra, 106ª reunión. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_543646.pdf

-----, 2017b. “Seguimiento de las recomendaciones del Comité Tripartito (reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT)”. Chile. Observaciones (CEACR) - adoptada 2016, publicada 106ª sesión CIT. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3300884:YES

-----, 2019a. “Observación CEACR” - Adopción: 2018, Publicación: 108ª reunión CIT (2019). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:3300884

-----, 2019b. “Solicitud directa (CEACR)” - Adopción: 2018, Publicación: 108ª reunión CIT (2019). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3300884:YES

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 1995. *Mercados de derechos de agua: entorno legal*. LC/R.1485. Santiago: Naciones Unidas. <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/5670/Lcr1485e.pdf>

-----, 2009. *La economía del cambio climático en Chile: síntesis*. Santiago: Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/32827/1/S2009772_es.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2010. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/, Doc. 56/09. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

-----, 2015a. *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L. ISBN 978-0-8270-6529-1. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf>

-----, 2015b. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

-----, 2018. *Expertas en materia de Derechos de Pueblos indígenas de la CIDH y de Naciones Unidas expresan su preocupación ante la adopción de ley que declara de*

prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en la Amazonia peruana. Comunicado de prensa No. 026/18, 13 de febrero.

Comité De Derechos Humanos (CCPR). 2014. “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico”. CCPR/C/CHL/CO/6, 13 de agosto.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). 2013. “Concluding Observations on the Combined Nineteenth to Twenty-First Periodic Reports of Chile, Adopted by the Committee at its Eighty-Third Session (12–30 August 2013)”. CERD/C/CHL/CO/19-21, 23 de septiembre.

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

Forst, Michel. 2016. “Situación de los defensores de los derechos humanos”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, 3 de agosto, A/71/281. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/247/12/PDF/N1624712.pdf?OpenElement>

Heller, Léo. 2020. *Chile debe dar prioridad a los derechos al agua y a la salud antes que los intereses económicos, dice el Experto de la ONU.* Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26177&LangID=S>

International Panel on Climate Change – IPCC. 2011. “Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation”. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Tokyo, Mexico City: Cambridge University Press. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/SRREN_Full_Report-1.pdf

Kiai, Maina. 2016. “Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile”. Consejo de Derechos Humanos, 32º período de sesiones, A/HRC/32/36/Add.1, 24 de octubre. <https://undocs.org/es/A/HRC/32/36/Add.1>

Stavenhagen, Rodolfo. 2003. “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Misión a Chile”. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre.

------. 2006. “Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. E/CN.4/2006/78, 16 de febrero. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/108/70/PDF/G0610870.pdf?OpenElement>

------. 2007. “Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de MARZO de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. A/HRC/4/32, 27 de febrero.

Tauli-Corpuz, Victoria. 2018b. “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas”. A/HRC/39/17, 10 de agosto.

------. 2018a. “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas”. A/HRC/39/17/Add.3, 10 de agosto.

-----, 2020. “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas”. Documento A/HRC/45/34, 18 de junio. <https://undocs.org/es/A/HRC/45/34>

ENTREVISTAS.

Díaz Gacitúa, Miguel. 2009. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 19 de mayo. Corporación Nacional Forestal (CONAF), Santiago.

Durán Medina, Valentina. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 22 de noviembre. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Directora del Centro de Derecho Ambiental. Actualmente Directora Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile, Santiago.

Egaña Baraona, Rodrigo. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 16 de noviembre. Comisionado presidencial para asuntos indígenas en el primer mandato de Bachelet y profesor adjunto de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile, Servicio Civil, Gobierno de Chile, Santiago.

Espinoza Monroy, Juan Pablo. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 21 de noviembre. Coordinador de Programas en la Fundación Heinrich Böll, Oficina Regional para el ConoSur, Santiago.

Faundes Peñafiel, Juan Jorge. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 7 de diciembre. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público y Derecho de los Pueblos Indígenas. Universidad Católica de Temuco, Temuco.

Galdamez Zelada, Liliana. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 24 de noviembre. Profesora asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

González, María Teresa. 2017b. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 17 de noviembre. Corporate Affairs Manager, Statkraft Chile, Santiago.

Hernández Riera, José. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 12 de diciembre. Relator abogado, Tercer Tribunal Ambiental, Valdivia.

Jaccard, Danko. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 5 de diciembre. Profesor de derecho constitucional de la Universidad de la Frontera, Instituto de Estudios Indígenas e Interculturales UFRO, Temuco.

Jofré, Jenia. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 6 de diciembre. Directora CODEFF, Curacautín-Temuco.

Joignant, Nathalie. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 15 de octubre. Co-Vocera y Activista en No Alto Maipo. Ex- Coordinadora Ojo con el Parlamento en Chile Sustentable. Sede Chile Sustentable, Santiago.

Madrid, Antonio. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 1 de diciembre. Abogado de derecho ambiental en ONG FIMA y actualmente abogado en Unidad de Convenio N°169, Dirección Nacional de la CONADI, Santiago.

Mahn Mendiburo, Nicolas. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 1 de diciembre. Oficial Primero, Tercer Tribunal Ambiental, Valdivia.

Maillet, Antoine. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 28 de noviembre. Profesor asociado de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile e Investigador Asociado COES, Santiago.

Maldonado Bravo, Diego. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, diciembre. Jefe Oficina Regional de La Araucanía, Superintendencia del Medio Ambiente, Temuco.

Martínez-Conde del Campo, Francisco. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 23 de noviembre. Unidad de Gestión de Información, División de Energías Renovables, Ministerio de Energía, Santiago.

Martínez Neira, Christian. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 24 de noviembre. Investigador del Centro de Estudios Regionales y Políticos (CEDER) de la Universidad de Los Lagos y actualmente profesor del Instituto de Historia y Ciencias Sociales de la Universidad Austral de Chile, Santiago.

Medina Mena, Edgardo. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 4 y 5 diciembre. Profesional, Servicio de Evaluación Ambiental, Temuco.

Morales Urrá, Roberto. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 12 de diciembre. Profesor, Instituto de Estudios Antropológicos, Universidad Austral de Chile, Valdivia.

Muñoz Pedraza, Hernán. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 7 de diciembre. Encargado Unidad de Medio Ambiente, Subdirección Nacional CONADI, Temuco.

Nahuelhual, Carolina. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 14 de noviembre. División de Participación y Diálogo Social, Ministerio de Energía, Santiago.

Orrego, Juan Pablo. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 7 de Noviembre. Sede Ecosistemas, Santiago.

Ortiz Florez, Ramiro. 2016. Entrevistas por Sergi Vidal Parra, 15 y 27 de noviembre. Profesor, Laboratorio de Pequeñas Centrales Hidroeléctricas, Escuela de Ingeniería Eléctrica y Electrónica, Facultad de Ingeniería, Universidad del Valle, Cali.

Pacheco Cornejo, Hellen Teresita. 2022. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 24 de febrero. Docente investigadora de la Facultad de Derecho, Universidad Autonoma de Chile y Universidad de la Frontera, abogada integrante de la Corte de Apelaciones de Temuco, vía zoom.

Palacios Peñaranda, Jairo Arcesio. 2016. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 29 de noviembre. Profesor, Escuela de Ingeniería Eléctrica y Electrónica, Facultad de Ingeniería, Universidad del Valle, Cali.

Pantel, Blaise. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 9 de diciembre. Profesor Asistente: Departamento de Sociología, Ciencia Política y Administración Pública. Universidad Católica de Temuco, Temuco.

Parra, Alberto. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 15 de noviembre. Coordinador Área de Desarrollo Local y Gestión del Riesgo de Desastres, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Santiago.

Pérez, Paulina. 2020. Entrevistas por Sergi Vidal-Parra, 7 y 14 de mayo. Responsable Plan 100 Minihidros, Unidad de Gestión de Proyectos, Ministerio de Energía, Santiago.

Pérez-Odeh, Rodrigo. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 23 de noviembre. División Seguridad y Mercado Energético, Ministerio de Energía, Santiago.

Pinilla Rodríguez, Francisco. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 12 de diciembre. Secretario abogado, Tercer Tribunal Ambiental, Valdivia.

Plataforma Hidroelectricidad Sustentable. 2020. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 26 de Marzo. y 22 de abril, vía cuestionario escrito. División Ambiental y Cambio Climático. Ministerio de Energía, Santiago.

Queupul Aguirre, Félix. 2017. Octubre. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 17 de octubre. Ingeniero mapuche, Oficina Internacional del Traabajo, Santiago.

Quidel Gajardo, José. 2017. Entrevista de Sergi Vidal-Parra, 16 de noviembre. División de Diálogo y Participación Social del Ministerio de Energía, Santiago.

Rivas, Antonia. 2017. Entrevista de Sergi Vidal-Parra, 30 de noviembre. Abogada Universidad Diego Portales, investigadora del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas CIIR, consultora externa en derecho internacional de los pueblos indígenas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y profesora colaboradora de la Escuela de Antropología UC, Santiago.

Rivera Bravo, Daniela. 2017a. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 15 de noviembre. Centro de Derecho y Gestión de Aguas, Universidad Católica de Chile, Santiago.

Royo Letelier, Manuela. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 7 de diciembre. Abogada defensora de causas mapuche y profesora de derecho constitucional en la Universidad de La Frontera. Despacho profesional, Temuco.

Sáchica Moreno, Carolina. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 3 de marzo. Directora Área académica de Derecho, Universidad Jorge Tadeo Lozano. Abogada defensora de los Wayuu.

Schaeffer, Juan Pablo. 2017. Entrevista por Sergi Vidal Parra, 13 de noviembre. Gerente de la División de Desarrollo Sustentable de Colbún, sede Colbún, Santiago.

Schonsteiner, Judith. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 30 de noviembre. Profesora titular de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.

Sepúlveda Pinilla, Misle. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 15 de octubre. Encargada de Comunicaciones Chile Sustentable, sede Chile Sustentable, Santiago.

Silva Neriz, Hernando. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 4 de diciembre. Director Observatorio Ciudadano, Coordinador Programa Ciudadanía e Interculturalidad, Sede Observatorio Ciudadano, Temuco.

Tohá, Esteban. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 23 de noviembre. Dirección de Desarrollo Sustentable, Ministerio de Energía, Santiago.

Ubilla, Ximena. 2020. Entrevistas por Sergi Vidal-Parra, 5 y 12 de Noviembre. Jefa Unidad de Gestión, División Energías Sustentables, Ministerio de Energía, Santiago.

Unidad de Acompañamiento de Proyectos. 2020. Entrevista-Conversatorio con Pablo Caulier Salinas y Mariel Robles Ansaldo, por Sergi Vidal-Parra, 30 de abril. Unidad de Acompañamiento de Proyectos, Ministerio de Energía, Santiago.

Valenzuela, Diego y Rodrigo Terc. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 24 de noviembre. Jefe de la Unidad de Franjas de Transmisión, Ministerio de Energía, y Jefe de la Unidad de Gestión de Proyectos del Ministerio de Energía, Gobierno de Chile, Santiago.

Villasmil Prieto, Humberto. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 15 de noviembre. Experto en normas, Organización Internacional del Trabajo, Santiago.

Villegas Díaz, Myrna. 2017. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 27 de noviembre. Profesora de Derecho Penal y directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago.

Weke, Jorge. 2017b. Entrevista por Sergi Vidal-Parra, 8 de diciembre. Werkén del Parlamento Koz Koz, Panguipulli, Región de Los Ríos.

CONVERSATORIOS.

Baquadano, Manuel. 2017 (noviembre). Director del Instituto de Ecología Política, vía telefónica y email.

Curamil Millanao, Alberto. 2017 (diciembre). Lonko, miembro y representante del *Lof Radalko* de Curacautín y portavoz de la Alianza Territorial Mapuche, Temuco.

Guerra-Schleef, Felipe. 2019 (Junio-Julio). Abogado, Observatorio Ciudadano, vía telefónica.

Langford, Malcolm. 2017 (agosto). Profesor de Derecho Público en la Universidad de Oslo y codirector del Centre on Law and Social Transformation (CMI), Bergen.

Le Bonniec, Fabien. 2020 (abril-mayo). Departamento de Antropología, Universidad Católica de Temuco. Actualmente en Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de La Frontera, vía email.

Rodríguez, Gloria Amparo. 2017 (febrero, mayo, junio) y 2018 (marzo). Profesora de jurisprudencia de la Universidad del Rosario y magistrada titular del Tribunal para la Paz, vía telefónica y Skype.

Sieder, Rachel. 2019 (febrero) y 2020 (marzo). Profesora investigadora del CIESAS e investigadora asociada del Chr. Michelsen Institute (CMI), Bergen y vía email.

Valdovinos, Carlos. 2017 (diciembre). Ministro Suplente Licenciado en Ciencias en Tercer Tribunal Ambiental, Valdivia.

Viaene, Lieselotte. 2018 (Febrero-Marzo). Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid, Investigadora Principal del proyecto Rivers, vía email.

Wilson, Bruce. 2017 (agosto, octubre-diciembre). Profesor de Ciencia Política en the University of Central Florida e investigador asociado del Chr. Michelsen Institute (CMI), Bergen y vía email.

OTROS DOCUMENTOS.

I. Trámites administrativos previos para la construcción de una PCHS

