

11-08-2022

1LE

Materia: Recurso De RECLAMACIÓN

Reclamante: Comunidad Indígena Kudawfe Peñi

Rut: [REDACTED]

Domicilio: [REDACTED] comuna de Arauco.

Representante Legal: [REDACTED]

Rut: [REDACTED]

Domicilio: [REDACTED], comuna de Arauco.

Abogado Recurrente 1: [REDACTED],

Rut: [REDACTED]

Abogado Recurrente 2: [REDACTED]

Rut: [REDACTED]

Reclamado: Servicio De Evaluación Ambiental

Representante: [REDACTED]

Rut: 7 [REDACTED]

Domicilio: [REDACTED], COMUNA DE SANTIAGO, REGIÓN METROPOLITANA

EN LO PRINCIPAL: Reclamación por el artículo 29 de la Ley N° 19.300; PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos; SEGUNDO OTROSÍ: Se tenga presente; TERCER OTROSÍ: Forma de notificación.

I. TRIBUNAL AMBIENTAL (3°)

[REDACTED], **abogado**, Cédula Nacional de Identidad número [REDACTED], [REDACTED], **abogado**, Cédula Nacional de Identidad número [REDACTED], ambos domiciliados para estos efectos en [REDACTED], **de la Comuna de Concepción**; en representación convencional de la recurrente, **Comunidad Indígena Kudawfe Peñi**, con domicilio en [REDACTED], **comuna de Arauco**, representada legalmente por [REDACTED], [REDACTED], dirigente social, cédula de identidad número [REDACTED], [REDACTED], con igual domicilio, a US. 1. con respeto, decimos:

Que, dentro del término legal de conformidad a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Nro. 19.300, venimos en interponer recurso de reclamación en contra del **Servicio De Evaluación Ambiental, Comité De Ministros**, representado por su Directora Ejecutiva [REDACTED], ambos con domicilio en [REDACTED], ciudad y comuna de Santiago, Región Metropolitana, todos representados judicialmente por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado don [REDACTED] o el Abogado Procurador Fiscal doña [REDACTED], ambos domiciliados en calle [REDACTED] ciudad de Santiago, Región Metropolitana, por la dictación de Resolución Exenta N° 202299101525, de fecha 11 de julio de 2022, notificada a esta parte por vía electrónica con fecha 12 de julio de 2022, mediante la cual se resolvió rechazar recurso de reposición interpuesto por esta parte en contra de la resolución exenta N° 202299101446 de fecha 10 de julio de 2022, la que declaró inadmisibles los recursos de reclamación interpuestos por esta parte contra resoluciones exentas N° 202208101120, de 10 de marzo de 2022, de la Comisión de Evaluación de la Región del Bío-Bío.

En este contexto y tal como se analizará en los párrafos que siguen, solicitamos a este Ilustre Tribunal Ambiental se sirva tener por presentada la presente reclamación y, en su mérito y conforme a las alegaciones y probanzas que se efectuarán y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Nro. 20.600 se sirva acogerla en todas sus partes ordenando en el sentido de dejar sin efecto y anular la Resolución de Calificación Ambiental número 202208101120, de 10 de marzo de 2022 por haber sufrido de un vicio insanable, cual es que la consulta indígena efectuada adolece de vicios sustantivos toda vez que adoleció de errores metodológicos y de notable falta e infracción a la buena fe resultando en que diversas y fundamentales observaciones no fueron consideradas en el momento de la emisión de la resolución de calificación ambiental. Todo ello conforme a las consideraciones de hecho y de derecho que pasamos a exponer a continuación:

1.- Consideraciones preliminares: Tribunal competente y requisitos de forma, interposición de reclamo dentro del plazo legal.

El Ilustre Tercer Tribunal Ambiental es competente para conocer de la presente reclamación y la misma ha sido interpuesta dentro del plazo legal. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 Nro. 6 de la Ley Nro. 20.600, los Tribunales Ambientales cuentan con la competencia absoluta para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de la determinación del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo que resuelve un recurso administrativo, en directa relación con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley Nro. 19.300. En la especie, resulta claro que los Tribunales Ambientales son competentes para conocer y resolver la presente reclamación ya que la misma se interpone, precisamente, en contra de la Resolución Exenta N° 202299101525, de fecha 11 de julio de 2022, notificada a esta parte por vía electrónica con fecha 12 de julio de 2022 (último acto que agota la vía administrativa), mediante la cual se resolvió rechazar recurso de reposición interpuesto por esta parte en contra de la resolución exenta N° 202299101446 de fecha 10 de julio de 2022, la que declaró inadmisibles los recursos de reclamación interpuestos por esta parte contra resolución exenta N° 202208101120, de 10 de marzo de 2022, de la Comisión de Evaluación de la Región del Bío-Bío.

Por su parte, en lo que respecta al factor de competencia territorial y de acuerdo con el artículo 17 Nro. 6 de la Ley Nro. 20.600, será competente el Tercer Tribunal Ambiental con asiento en Valdivia toda vez que el proyecto fue evaluado en la Región del Biobío. En este sentido, el legislador ha señalado que *"será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto"*.

Respecto al plazo para la interposición de la presente reclamación judicial cabe señalar que la resolución exenta número 202299101525-2022, que rechaza recurso de reposición presentado por esta parte en contra de la resolución que tuvo por no presentada reclamación administrativa, es de fecha 11 de Julio de 2022, notificada a esta parte con fecha 12 de julio de 2022, y que, conforme al artículo 20 de la Ley Nro. 19.300 el plazo es de 30 días. Al efecto, la norma plantea que *"de lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley"*. Respecto a la naturaleza de este plazo para deducir la acción contemplada en el artículo 17 Nro. 6 de la Ley Nro. 20.600 ella es de días hábiles administrativos, entendiéndose por inhábiles los sábados, domingos y festivos conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Nro. 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

11.- De la resolución de calificación ambiental exenta número 202208101120/2022 que aprueba el proyecto "Parque Eólico Viento Sur".

De acuerdo con lo que se viene exponiendo, nuestras alegaciones tienen como origen la dictación de la Resolución Exenta número 202208101120 / 2022 la cual contiene la Resolución de Calificación Ambiental que califica favorablemente el proyecto conocido como *"Parque Eólico Viento Sur"*. Como antecedentes y a fin de otorgar una mayor ilustración a este Tribunal, debemos señalar que la titular Arauco Bioingeniería S.A. sometió al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto *"Parque Eólico Viento Sur"*. Este fue calificado favorablemente, lo cual fue notificado con fecha 28 de marzo de 2022, a través de publicación en el Diario Oficial. El objetivo

general de este proyecto es la generación de energía renovable no convencional aprovechando el recurso eólico disponible en el área.

El Proyecto "*Parque Eólico Viento Sur*", considera la construcción y operación de un parque de generación de energía eólica compuesto por 43 aerogeneradores, montados sobre estructuras metálicas, con el fin de la generación de energía eléctrica del orden de 215 MW. Tal proyecto se busca desarrollar dentro del territorio de las comunas de Arauco y Curanilahue. Se ubica en la Provincia de Arauco, territorio donde se ubican varias comunidades indígenas, entre las cuales está el Lof Paillakawe y la Comunidad Indígena Kudawfe Peñi, con la que comparte un Rewe en el sector de Paillakawe, con un espacio destinado a cada familia de las comunidades.

11. Del reclamo administrativo, contenidos y fundamentos.

El proceso de consulta indígena con la Comunidad Kudawfe Peñi inicia en un periodo muy complicado para la Comunidad, así como por el contexto social que estamos viviendo, toda vez que se desarrolla entre los meses de octubre de 2021 y marzo de 2022, en plena Pandemia por COVID-19, lo que implicaba restricciones a la libertad de reunión y locomoción, así como la existencia de un Estado de Excepción Constitucional que afectaba a la Provincia de Arauco, donde habita la Comunidad, lo que implicó una mayor restricción a las libertades civiles, restringiéndose aún más la libertad de circulación y reunión.

De esto deriva que los principios de la Consulta Indígena se vean seriamente afectados, situación de la que se advirtió desde el principio tanto al Servicio de Evaluación Ambiental como a la empresa, a fin de poder generar una mayor laxitud que permita cumplir con criterios mínimos de buena fe, libertad, información, y eficiencia en la instancia de diálogo, que en definitiva estuviese libre de todo tipo de presiones

externas, en especial si estas derivan de políticas estatales.

Se pudo detectar, en efecto, una presión por cumplir con la consulta antes de la entrega de mando a un nuevo gobierno, más que con la generación de espacios que permitan un diálogo más profundo con la Comunidad afectada, en especial frente a las graves situaciones que se estaban denunciando, sobre todo frente a la afectación de un Rewe, lo que implica afectar un verdadero Templo, lugar de respeto, contemplación y conexión religioso-espiritual para el pueblo Mapuche y sus ancestros, lo que es asimilable a afectar cualquier espacio cultural donde cualquier religión manifieste su credo, por lo tanto, estamos frente a una afectación a la Libertad Religiosa y el ejercicio libre de todos los cultos, lo que no fue considerado de ninguna manera en la Resolución de Calificación Ambiental, no obstante incluso haberse señalado las normas legales nacionales e internacionales que en materia de Derechos Humanos se estarían afectando, por medio de los informes entregados por los profesionales asesores de la Comunidad.

De hecho se hizo presente por parte de la asesora arqueológica de la Comunidad, [REDACTED], mediante su informe final de fecha 17 de febrero de 2022, que se hace necesaria una reevaluación completa de las medidas de mitigación y la estimación de impactos atendida la gravedad de las afectaciones a sitios de significancia ancestral, lo que no fue considerado.

A fin de explicar en detalle los vicios detectados durante el proceso de Consulta Indígena que afectan directamente los principios que deben ilustrar estos procesos conforme al Convenio N° 169 de la OIT, dividiremos esta presentación en tres temáticas principales: El contexto temporal, el contexto social, y el contexto normativo.

Estos contextos ya se hicieron presentes mediante propuesta de Acuerdo Metodológico presentada por los profesionales asesores al Servicio de Evaluación Ambiental, en correo electrónico enviado por la asesora antropológica [REDACTED] de fecha 18 de noviembre de 2021. En este documento se recogió con detalle todo el contexto temporal, así como el contexto social y normativo, sin que fuese en definitiva considerado para asegurar una consulta indígena que en lo posible se realice en lo medular más allá de los meses de primavera-verano, pudiendo extenderse a este periodo, por las razones que se expondrán.

1.- Del contexto temporal: La existencia de prácticas culturales de carácter ancestral en los meses de primavera y verano.

En concreto, es importante señalar que los meses de primavera y verano son importantes para la comunidad Kudawfe Peñi, y en general para todas las Comunidades y Lof de los Butalmapu del territorio Mapuche Wallmapu, puesto que estos son los tiempos de siembra y cosecha, de ceremonias y encuentros comunitarios de alto significado para la vida mapuche, su espiritualidad y desarrollo político, educativo y social.

En vista y considerando lo anterior, la cosecha y siembra implica, de por sí, una fuerte participación familiar en el trabajo exhaustivo para lograr desarrollar tan importante actividad. Las siembras y cosechas implican a su vez a la Comunidad que ayuda en ciertas tareas, ya sea colaborando en la prestación de herramientas o fuerza de trabajo, existiendo también siembras y cosechas de carácter comunitario, en donde participa y trabaja todo el Lof.

A su vez, desde hace cientos de años, esta temporada es muy importante por el desarrollo de ceremonias que se fundamentan en la lógica estacionaria propia de la primavera y verano, por la presencia única de

ciertos tipos de Lawen, flores y semillas que se usan exclusivamente para procesos espirituales y de sanación en las familias y comunidades. Este es el único tiempo en el que se producen los brotes.

Así, se reconoce a nivel particular y general en el territorio Mapuche la alta participación en ceremonias como Nguillatun, Kamarikun, Machitun, Nguillatuima, Chelin Tukum, Newen Ma, entre otras, lo cual indica que estos meses son de muchas actividades para las personas, familias y comunidades.

Lo anterior es de suma importancia para tener en consideración cuando se abra otros procesos, donde la flexibilidad en las fechas calendarizadas para realizar reuniones y efectuar informes, se encuentra plenamente justificada dentro del prisma de la ancestralidad, donde el factor temporal bajo criterios occidentales debe ceder ante las actividades que las comunidades desarrollan en fechas estivales, procurando no interrumpir el normal desenvolvimiento de estas tradiciones.

2.- Del contexto social: Estado de Excepción Constitucional y Pandemia Global COVID-19.

Por otro lado, desde mediados de 2021 hasta la actualidad, el Territorio Mapuche se encuentra intervenido por las Fuerzas Armadas, en el contexto del Estado de Excepción Constitucional de Emergencia, todo ello en virtud de lo indicado en el Decreto N° 270 del Ministerio del Interior, de fecha 12 de octubre del año 2021, así como todos los Decretos que decretaron la prórroga de esta situación de excepción constitucional, la que rige para toda la Provincia de Arauco en la Región del Bío-Bío y la Región de la Araucanía, lo que también viene a cambiar de forma significativa ciertas dinámicas de desplazamiento y seguridad para las personas, donde también se debe considerar el contexto de la Pandemia

Global Covid-19, que ha producido de por sí una alteración a las dinámicas culturales, tradiciones, ceremonias y ritos propios de las comunidades del territorio Mapuche Wallmapu, haciendo que los procesos culturales se vean afectados en sus tiempos.

En vista y considerando lo anterior, estamos frente a un periodo excepcional que de por sí altera significativamente la forma en que se desarrollan las dinámicas y prácticas culturales de la Comunidad Kūdawfe Peñi, por lo que existe preocupación por parte de sus miembros frente al desarrollo del proyecto en un contexto de complejidad social y temporal, que debe ser analizado jurídicamente como cuestión previa.

Se pudo constatar en terreno, durante reunión de 13 de enero de 2022, la presencia de fuerzas policiales en sectores aledaños a los que habita y trabaja la Comunidad, lo que si bien no generó peligro ni para asesores ni para miembros de Kudawfe Peñi, si podría haber generado incómodas situaciones que sin duda ponen en peligro la vida y seguridad de las personas, sobre todo por el prejuicio existente en la sociedad actual hacia el Pueblo-Nación Mapuche, debiendo incluso los asesores sugerir al Servicio de Evaluación Ambiental que en futuras Consultas Indígenas bajo este particular Estado de Excepción, se puedan otorgar prerrogativas espacio-temporales que permitan desarrollar las actividades de asesoría con la mayor flexibilidad posible, y de esta manera, resguardar la seguridad y vida de asesores y miembros de la Comunidad.

3.- Fundamentos jurídico-normativos: Normas principales estudiadas y aplicadas en el Proceso.

1.- Artículo 6 N° 1, letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT:

1. "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...).

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

1. 1. Sobre el N° 1º, letra a) del Artículo 6º: Se deben fomentar por parte de los gobiernos procedimientos apropiados, por medio de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Lo anterior es del todo importante, ya que es necesario destacar que se produjeron afectaciones directas que emanan de medidas administrativas y/ o legislativas por el contexto social que se vivía en aquel entonces en la Región de la Araucanía y Provincia de Arauco, todo ello a raíz de la situación derivada de las consecuencias de la aplicación del Decreto N° 270 del Ministerio del Interior, más los Decretos que prorrogan durante fines de 2021 y principios de 2022 hasta marzo de 2020, por la declaración de Estado de Excepción Constitucional de Emergencia en el territorio al que pertenece la Comunidad Kudawfe Peñi, Comuna de Arauco, Provincia homónima.

Ante esto cabe preguntarse si este era el contexto idóneo para llevar un proceso de consulta indígena libre, informado y exento de medidas legislativas y/ o administrativas por parte del Estado que coarten o restrinjan los principios básicos de la consulta indígena, desde donde emana que sumado a presiones por acotar los tiempos por parte de la Administración (SEA), a juicio de esta parte se producen transgresiones a los principios básicos del Convenio N° 169 de la OIT que coartaron la

posibilidad de solucionar problemas graves detectados en este proyecto, sin considerarse la posibilidad siquiera de agregar estos importantes puntos a medidas de mitigación y compensación frente a las problemáticas que causarla, por ejemplo, la instalación de un Aerogenerador sobre un Rewe, algo tan irrisorio como instalar una de estas torres eólicas sobre una Catedral.

1.2. Sobre el Numeral 2° del Artículo 6°: En base a este punto, es importante señalar que **la buena fe** es un principio que siempre debe primar en este tipo de consultas, siendo apropiado apegarse a las circunstancias y contextos sociales en los que se encuentran inmersos, para llegar a un acuerdo donde el consentimiento no se vea viciado respecto a las medidas que se proponen como resultado de esta Consulta.

En base a lo anterior, consideramos que se afectó este principio, toda vez que existe un contexto social sumamente complicado que afecta a las Comunidades del territorio, entre las que se encuentra Küdawfe Peñi, a propósito del Estado de Excepción decretado y el periodo estival en que se realizó la consulta.

11.- Artículo 4° N° 1 y 2 del Convenio N°169 de la OIT:

"1. 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.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados".

Es importante que en futuros procesos de Consulta Indígena realizados por la Titular, exista la voluntad de adaptarse en el caso concreto al máximo de flexibilidad y laxitud posible en los plazos de discusión, deliberación, entrega de informes y firma del protocolo de acuerdo final,

respetándose los acuerdos adoptados y el principio de Buena Fé que ilustra esta Consulta. De hecho, ya hemos expresado en párrafos anteriores de qué forma esto no se realizó, tanto por el contexto temporal y social, del que en más de una oportunidad se hizo el alcance, tanto a través de los protocolos de acuerdo como en reuniones virtuales de carácter tripartito con la comunidad, empresa y SEA, así como en los informes de los profesionales asesores.

Es preciso destacar que es el deseo de la Comunidad Küdawfe Peñi, para futuros procesos, el que se realice una consulta libre, informada, participativa, que genere un diálogo intercultural real y acorde a las necesidades y costumbres de la Comunidad, observándose que no obstante el desarrollo de las etapas de la Consulta Indígena, durante los meses de diciembre y enero se celebran tradicionalmente una serie de ceremonias y prácticas de significativa importancia ancestral. Esto no fue considerado por las contrapartes.

111.- Artículos 10 y 17 del Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social de fecha 04 de marzo de 2014, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena.

3.1.- Artículo 10: *"El procedimiento de consulta establecido en el artículo 16 deberá aplicarse con flexibilidad.*

Para efecto de lo anterior, éste deberá ajustarse a las particularidades de los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias.

Asimismo, los órganos responsables indicados en el artículo 4° del presente reglamento deberán considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada.,,

3.2.- Artículo 17: *"Las consultas de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, considerarán los siguientes plazos de acuerdo a las etapas establecidas en el artículo anterior:*

a) Tratándose de medidas legislativas que se deban iniciar por mensaje del Presidente de la República, cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 25 días hábiles.

b) Tratándose de medidas administrativas, cada una de las etapas deberá ser ejecutada en un plazo no superior a 20 días hábiles.

Sin perjuicio de lo anterior, el órgano responsable de la medida, previo diálogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, podrá, en la etapa de planificación, modificar los plazos señalados por motivos justificados, considerando la necesidad de establecer procedimientos flexibles que se adecuen a las circunstancias propias de cada consulta en particular."

En el caso particular, se ha puesto especial consideración a los artículos anteriormente citados, todo ello para sugerir la necesidad de flexibilizar tiempos y espacios para poder velar por una adecuada, libre e informada participación de la totalidad de los miembros de la Comunidad Küdawfe Peñi, atendido los plazos acotados en un tiempo tan importante para sus prácticas ancestrales, sumándole a ello la circunstancia social derivada de un Estado de Excepción que limita la locomoción y reunión, por lo que se sugiere a todas las partes intervinientes que hacia el futuro se genere un clima idóneo para velar por el establecimiento de un procedimiento flexible y adecuado a las circunstancias que rodean a esta consulta.

A pesar de todo lo anterior, no se cedió en ampliar los plazos más allá de los meses estivales, y en un contexto que se estuviese libre de estado de excepción constitucional, lo que coartó considerablemente la participación

de otros miembros de la Comunidad, dificultando el proceso de Consulta Indígena de forma innecesaria. Quedó la sensación en la comunidad de que de parte de SEA y la empresa sólo había que hacer un trámite, que era por cumplir con un proceso más que tomarse en serio este importante hito dentro del Estudio de Impacto Ambiental de este proyecto eólico. Esto se vio reflejado claramente a que en más de una oportunidad se señaló que las medidas de mitigación eran insuficientes, el por qué eran insuficientes, y que se detectaron otras problemáticas no cubiertas por las medidas propuestas, y en vez de que se generase la voluntad de diálogo y solucionar estas problemáticas, solamente se cumplió con tratar de cerrar este proceso lo antes posible, y con ello cumplir con plazos de entrega antes de que se retire el gobierno anterior, mismo gobierno que fomentó la implementación de estados de excepción en la Araucanía y Provincia de Arauco en tiempos de pandemia, mismo gobierno que dificultó el proceso, lo que claramente transgrede las normativas de la Consulta Indígena a la luz de los artículos aquí invocados.

A) Sobre vicios detectados durante el proceso de consulta indígena relacionados con normativas y tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos.

En aspectos normativos, además de los artículos anteriormente citados, para este análisis se han tenido en consideración los siguientes cuerpos normativos, muchos de ellos de carácter internacional que versan sobre Derechos Humanos, por lo que, encontrándose vigentes, suscritos por Chile y tratándose de normas que tratan sobre derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, conforme al artículo 5° de la Constitución Política de la República, son normas que incluso limitarían la soberanía del Estado, por lo que tienen una importancia primordial.

Estas normativas internacionales, que tratan sobre Libertad de Culto y religiosa vinculadas al Pueblo Mapuche consideradas en esta Consulta, son las siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)
- Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)
- Letras c) y d) artículo 29 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Letra j) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992). Se recomienda a los Estados que respeten, preserven y conseiven los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas
- Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), en particular su capítulo 26
- Primera parte del párrafo 20 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993). Señala que los Estados deben adoptar medidas positivas para asegurar el respeto de todos los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, sobre la base de no discriminación
- Preámbulo y artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático (1992)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 29)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
- Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (Art.27)
- Pacto Internacional Derechos Económicos Sociales y Culturales, PIDESC (en especial la Obseivación General N° 14 de este Pacto, del año 2000)
- Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo, DESC
- Declaración sobre los Derechos de las Persona pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas.

Las anteriores normativas fueron enunciadas en los informes jurídicos

dentro del contexto de consulta indígena, advirtiéndose la posibilidad de que se vean transgredidas por el Proyecto Parque Eólico Viento Sur, precisamente con el fin de evitar llegar a estas instancias de reclamación. Aún así, no fueron consideradas.

Pues bien, ¿De qué forma se producirían estas transgresiones? La respuesta es la siguiente:

A) Sobre la afectación asociada a prácticas ancestrales de la Comunidad Kudawfe Peñi, en particular situación de Cementerio Los Huapes y Nguillatuwe de la Comunidad, donde se ubica su Rewe.

1.- Sobre la situación del Cementerio Los Huapes, la Comunidad Kudawfe Peñi ha señalado de forma determinante que **NO** quieren que transiten camiones por el sector del Cementerio, en ninguna fecha del año, puesto que incluso existen antiguas Machis ahí enterradas.

Es tal la importancia de este Cementerio que las ceremonias y rogativas deben hacerse fuera de este, para que no se produzcan choques o colisiones entre la energía de la Machi que conduce la ceremonia con las tres que aquí descansan. Han manifestado a consecuencia de ello mucha preocupación respecto a las cuatro medidas de mitigación propuestas por la Titular y que se vinculan con su Cementerio, ya que son propuestas que buscan intervenir un lugar de significación relevante dentro de la cultura mapuche y sus propias dinámicas culturales.

En efecto, rechazan los Che Mamull propuestos por la Titular, ya que no se adecuan a la materialidad ni trasfondos propios de la cultura, lo que consideran alejado de su cosmovisión. Se señala por la Comunidad: *"La vida mapuche trasciende los límites, la vida mapuche va más allá de los*

parámetros del Estado", y sin duda, también de los parámetros de mitigación propuestos por la empresa Titular, donde se extraña una mayor indagación en aspectos fundamentales de la cosmovisión Mapuche en cuanto al delicado tratamiento que debe recibir un cementerio ancestral antes *de* ser intervenido *de* cualquier modo, así como que la materialidad *de* los Che Mamull no puede ser hecha *de* hormigón/cemento, sino *de* madera.

De las reuniones sostenidas con la empresa Titular es claro que esta plantea una mejora integral *de* los accesos del cementerio, arreglando la calzada, rejas y muros, portones, así como la habilitación *de* baños conforme a criterios de modernidad, utilizando materiales de construcción *de* calidad, con la utilización principal de cemento y hormigón, lo que daría una apariencia al Eltún muy semejante a los cementerios parque actuales.

Sin perjuicio que, bajo los prismas de la cultura liberal occidental esto cumpliría con una importante significancia de progreso para la localidad, cabe destacar que ha causado reparos por parte *de* la Comunidad Kudawfe Peñi, ya que los materiales propuestos, en especial el uso de cemento/hormigón en los Che Mamull, no responde a los materiales que tradicionalmente se utilizan para construir estas estructuras espirituales, y que no son un mero adorno, sino que la utilización de madera en estas estructuras precisamente responde a dinámicas culturales *de* carácter ancestral.

Que se trate *de* madera, precisamente, sobre todo al venir de árboles *de* carácter nativos, representa una cosmovisión ancestral del pueblo Mapuche con todo lo que proviene de la tierra y vuelve a ella, en donde *se* incluye la flora y la fauna, sobre todo la humana. Todas las criaturas pertenecemos a la tierra, a la Mapu, y este orden y equilibrio natural, noción *de* justicia propia *de* este pueblo, *se* conoce como Ad Mapu.

Por lo mismo, tal como todas las criaturas que habitan este planeta y pertenecen a la Mapu, cuando cumplen su ciclo vuelven a ella, del mismo modo, los Che Mamull cumplidos su ciclo natural caen y vuelven a la tierra, cuando son reemplazados por otros. En ellos hay energías y espíritus custodios de estos sacros lugares, que son sus habitantes.

Es por este motivo, que, además, la Comunidad considera que su forma de vida es muy humilde, no pretenciosa y muy conectada a la Tierra, por lo que la utilización de modernas estructuras de Cemento / Hormigón no se condice con su forma de vida natural.

Habiendo escuchado además a las asesoras antropológicas, arqueológicas e intercultural, que aportaron datos claves respecto a la cosmovisión ancestral mapuche respecto a las fechas especiales para el Pueblo-Nación Mapuche, que como tal, si se trata de la espiritualidad ancestral presente en el Cementerio, a quienes respetan, tributan y conmemoran conforme a sus tradiciones antiquísimas, todos los días son importantes, y que por ello, ante las medidas de mitigación y/ o compensación relacionados con fechas especiales, para el pueblo Mapuche, aportan que todas las fechas son especiales si a sus muertos se refieren.

Desde aquí es importante volver a señalar que hay un componente religioso que se vincula con un culto ancestral hacia sus antepasados. Esto requiere silencio, contemplación y un profundo respeto, considerando además la presencia de importantes figuras de liderazgo religioso y social dentro del Cementerio, que consideran aún presentes respecto de sus energías en ese lugar.

Esta visión tradicional y religiosa debe ser necesariamente protegida en base a la enorme cantidad de tratados y convenios internacionales sobre

Derechos Humanos que tratan sobre la libertad religiosa y ejercicio libre de los cultos a los que se hizo referencia con anterioridad. No debe por lo tanto ser pasado por alto lo anteriormente dicho respecto a estos importantes instrumentos internacionales reconocidos incluso por el artículo 5° de la actual Constitución Política como un Límite de la Soberanía Nacional de Chile.

Sin embargo, complementaremos este especial punto a considerar citando algunos aspectos normativos claves de otros Convenios Internacionales, como el mismo Convenio N° 169 de la OIT, con el fin de profundizar aún más el por qué desde lo jurídico se justifica la negativa de la Comunidad Kudawfe Peñi a aceptar esta medida propuesta por la Titular.

En el artículo 13 N° 1 del Convenio N° 169, se explicita que: *"Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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"*.

Desde aquí desprendemos que el mismo Convenio N° 169 de la OIT que es la principal fuente legal de esta consulta reconoce explícitamente el respeto por parte de los gobiernos respecto de la especial importancia para las culturas y valores de los pueblos interesados respecto a su relación con las tierras o territorios que habitan, como es el caso de Kudawfe Peñi y su relación con su Eltún ancestral.

A esto hay que agregar que el inciso sexto del preámbulo del mismo Convenio establece lo siguiente: *"Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades,*

lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;" **con lo que hace una explícita referencia a la importancia que la identidad y la religión tienen para los pueblos originarios dentro del marco de los Estados en los que viven,** al punto a que se reconoce explícitamente la aspiración de éstos para asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, fortaleciendo su identidad y religión. Este punto tampoco debe ser obviado para entender el por qué es tan fundamental tratar con sumo cuidado cualquier intervención que se pretenda realizar sobre el Cementerio de Los Huapes y sus alrededores.

Por lo tanto, en base a este prisma, y a otros que se vinculan con el Cementerio de los Huapes, se realizó cosmovisión ancestral de los pueblos originarios sobre todo en lo que se relaciona con prácticas y ritos mortuorios de carácter religioso, **y a su derecho constitucional, y sobre todo humano, de ejercer libremente sus cultos y prácticas religiosas, sin interrupciones que alteren la manifestación de estos conforme a su práctica cultural.**

Preocupa a la Comunidad Kudawfe Peñi el hecho de que el transitar constante de camiones, maquinarias y otros elementos propios de la construcción, inevitables para erigir el proyecto del Titular y su posterior mantención, altere el descanso de los difuntos, muchos de ellos altas autoridades ancestrales como machis y lonkos, y con ello cause un disgusto a ellos y a los Ngen que custodian el lugar.

Desde lo jurídico, además de remitirnos a la cosmovisión religiosa que debe ser protegida **por lo que estipulan una enorme cantidad de Tratados y Convenciones Internacionales que, al estar suscritas por Chile y se encuentran vigentes, incluso limitan la Soberanía Nacional del Estado Chileno conforme explícitamente estipula el artículo 5° de la Constitución Política de la República** citado en el punto 1. anterior, a

propósito de la suspensión de trabajos y circulación por las vías colindantes al Eltún de Los Huapes, es necesario referirnos a lo que estipula la Ley de Monumentos Nacionales en cuanto a la intervención de sitios declarados como Monumento Nacional.

En efecto, **el Cementerio Los Huapes cuenta con expresa declaración como Monumento Nacional por parte del Consejo de Monumentos Nacionales, particularmente por los Decretos N° 126 y N° 315, ambos del año 2011.**

En el primer Decreto mencionado, en su considerando segundo se señala que "*... el sector donde se emplaza este Eltun contiene restos humanos de las familias tradicionales del sector, donde los oficiantes ceremoniales incorporan en sus discursos y oraciones la huella memorativa territorial como el homenaje comunitario, honrando la memoria de los antepasados, trayendo al presente el Cupalm (la traza histórica de los linajes). Las actividades religiosas tradicionales realizadas en el Eltún Los Huapes se realizan en las festividades de Huetripantu -sic- (solsticio de invierno) y el 1° de noviembre.*".

A su vez, en el considerando Cuarto señala que: "*al bien se le asignan valores sagrados, propios de la cosmovisión mapuche, ya que en él descansan los ancestros de sus familias, identificándose distintos linajes de los sectores Huape, Yani y Locobe*", lo que resulta coincidente con las entrevistas y conversaciones sostenidas en terreno con la Comunidad en reuniones de 30 de noviembre de 2021 y 13 de enero de 2022, a propósito del enfoque territorial histórico ancestral de la problemática que aqueja al Pueblo Mapuche, por lo que hay que entender su territorialidad de la forma más amplia posible, y no segmentada a lotes de propiedades que es la lógica del liberalismo occidental imperante en la legislación chilena, criterio hoy bastante cuestionado y discutido, a tal punto de que se discute

en la actual Constitución la necesidad de que el Estado chileno comience a reconocerse como Plurinacional para precisamente acoger un crisol de visiones sobre la propiedad, el patrimonio y la sociedad conforme a la considerable cantidad de pueblos originarios existentes en Chile, con sus costumbres y tradiciones muy particulares, sobre todo en su enfoque colectivo de la propiedad, que supera las nociones limitadas del neoliberalismo imperante, que promueve la actual Constitución.

Llama la atención de que el considerando Quinto del analizado decreto indique que el cementerio Los Huapes tiene una disposición en cuanto a su emplazamiento, predominando de oriente a poniente, lo que se condice con un enterramiento propio de la cultura Mapuche, enfocado en la puesta y salida del sol. También en su considerando Sexto establece que el cementerio Los Huapes tiene valores sociales que ayudan a comprender comunidades remotas y aportan lazos de cohesión social entre los habitantes de Los Huape, Yani y Locobe, además de la integración comunal. Respecto al considerando Séptimo, se considera de relevancia el valor científico del cementerio Los Huape, el que ayuda a comprender el comportamiento humano y a las comunidades lejanas, lo que se refuerza en su considerando Octavo en cuanto a que replica la síntesis de la forma particular mapuche de observar el mundo.

No podemos, entonces, pasar por alto las motivaciones valiosas que llevaron a que el Consejo de Monumentos Nacionales declarase como Monumento Nacional en categoría de Monumento Histórico el Cementerio de Los Huape. Lo anterior implica que, en base a lo que sostiene el título 111, artículo 11 de la Ley de Monumentos Nacionales, N° 17.288, que señala lo siguiente:

"Los Monumentos Históricos quedan bajo el control y la supervisión del Consejo de Monumentos Nacionales y todo trabajo de conservación,

reparación o restauración de eUos, estará sujeto a su autorización previa.

Los objetos que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico no podrán ser removidos sin autorización del Consejo, el cual indicará la forma en que se debe proceder en cada caso.

Estarán exentos de esta autorización los préstamos de colecciones o piezas museológicas entre museos o entidades del Estado dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural."

Por lo tanto, se ha advertido en el Informe de Avance que, para intervenir un Monumento Nacional como es el Cementerio Los Huapes de la forma que plantea la Titular es necesario que considere seriamente estos criterios, y por lo visto, al proponer cemento / hormigón en un cementerio donde la Madera, incluso por una funcionalidad religiosa, es el material predominante en el Eltún de los Huapes, es el material predominante.

Lo anterior es lo que justifica el rechazo de la comunidad a esta medida que no respeta su cosmovisión de mundo y prácticas ancestrales, lo que explica por qué han desestimado en su totalidad esta propuesta del Titular.

Lo mismo debemos considerar si aplicamos este Decreto N° 126 en su considerando Quinto, a dos fechas especiales para la comunidad indígena, todo ello a propósito de dos de las medidas de mitigación propuestas por la **Titular:** *"... el sector donde se emplaza este Eltun contiene restos humanos de las familias tradicionales del sector, donde los oficiantes ceremoniales incorporan en sus discursos y oraciones la huella memorativa territorial como el homenaje comunitario, honrando la memoria de los antepasados, trayendo al presente el Cupalm (la traza histórica de los linajes). Las actividades religiosas tradicionales realizadas en el Eltún Los Huapes se realizan en las festividades de Huetripantu -sic- (solsticio de invierno) y el 1° de noviembre."*

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha señalado anteriormente, habiendo escuchado a la Comunidad misma, así como a las asesoras antropológicas, arqueológicas e intercultural, que aportaron datos claves respecto a la cosmovisión ancestral mapuche respecto a las fechas especiales para el Pueblo-Nación Mapuche, si se trata de la espiritualidad ancestral presente en el Cementerio, a quienes respetan, tributan y conmemoran conforme a sus tradiciones antiquísimas, todos los días son importantes, y que por ello, para el pueblo Mapuche, todas las fechas son especiales si a sus muertos se refieren.

Sobre los caminos y las medidas de mitigación y compensación propuestas en torno a ellos, se analiza en particular la situación del camino de acceso del proyecto, el que entraría por el sector de Frutillar donde se juntaría con el camino hacia Los Huapes, es decir, todo el sector que involucra la vía P-342 que conecta la P-40 con Los Huapes, donde se señaló que a 200 metros de este camino existe otra recuperación que se vería afectada con el proyecto.

Se destaca en este punto el análisis comunitario realizado en torno a una noción amplia del concepto de Territorio, basado en significaciones de carácter ancestral Mapuche más que en criterios propios del liberalismo jurídico occidental, relacionados con visiones iusprivatistas de la propiedad y la noción jurídica de dualidad título-modo.

Pudo verificarse consenso general entre los miembros de la Comunidad en que existen coincidencias respecto a que la zona más afectada por el proyecto será el Cementerio de los Huapes, preocupándoles que el camino pase directamente por el Eltún, sobre todo por haber Machis y autoridades ancestrales enterradas en el lugar, realizarse prácticas tradicionales mortuorias que requieren silencio y tranquilidad que no darán los

camiones que transitan por el sector, además de que existen presencias de Ngen que custodian estos sacros lugares.

La comunidad plantea que, en base a la importancia que los Ngen como figuras custodias de sitios de significación natural donde hay una alta concentración de flora y fauna nativa que se verá afectada con este proyecto, por lo que consideran no hay recuperación o mitigación posible. Simplemente no se puede relocalizar la fauna y flora por ser importante su significación cultural, ancestral y espiritual para las prácticas y ritos del mundo Mapuche y su relación sobre todo sobrenatural con la naturaleza por medio de la figura de los Ngen, entidades custodias y recelosas de estos espacios naturales a quienes se debe respeto, permiso y buen trato, porque son entidades tan vivas como las del orden material.

Desde lo jurídico, aquí estamos frente a una religiosidad ancestral tradicional que debe ser respetada y preservada dentro de los parámetros del ejercicio libre de todos los cultos y la libertad religiosa, lo que es un Derecho Humano internacionalmente reconocido, sobre todo bajo el prisma del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Desde aquí es importante volver a señalar que hay un componente religioso que se vincula con un culto ancestral hacia sus antepasados. **Esto requiere silencio, contemplación y un profundo respeto, considerando además la presencia de importantes figuras de liderazgo religioso y social dentro del Cementerio,** que consideran aún presentes respecto de sus energías en ese lugar.

Esta visión tradicional y religiosa debe ser necesariamente protegida en base a la enorme cantidad de tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos que tratan sobre la libertad religiosa y ejercicio libre de los cultos a los que se hizo referencia con anterioridad. No debe por lo tanto ser pasado por alto lo anteriormente dicho respecto a estos