

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2023



**Judith Schönsteiner (ed.)
Cristóbal Carmona (ed.)**

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
Judith Schönsteiner (Editora general).
Cristóbal Carmona (coeditor).

Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2023.

Santiago de Chile. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2023, 1ª edición, p. 588, 15x23 cm.

Dewey: 341.4810983.

Cutter: In38.

Colección Derecho.

Incluye referencias bibliográficas, notas y biografías de los autores.

Materias:

Desastres, seguridad pública y reformas sociales/ Justicia transicional/ Estallido social / Medidas estatales de seguridad/ Derechos de las personas migrantes / Derechos de las personas mayores / Derechos de los pueblos indígenas / Deber de restauración / Sistema de salud / Transparencia en materia de sustentabilidad corporativa / Institucionalidad de infancia / Institucionalidad de derechos humanos.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2023

© vv.aa

© Ediciones Universidad Diego Portales 2023

Primera edición: noviembre 2023

Inscripción en trámite del Departamento de Derechos Intelectuales

ISBN 978-956-314-577-9

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
República 112
Teléfono (56-22) 676 8806
Santiago de Chile

Editora general: Judith Schönsteiner

Co-editor: Cristóbal Carmona

Edición: vigésimo primera

Diseño: María Fernanda Pizarro Muñoz

Licencia Creative Commons: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo condición de reconocer a los autores/las autoras y mantener esta licencia por las obras derivadas.

Las opiniones y análisis en los artículos son de responsabilidad de sus autores.



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2023

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Desastres, seguridad pública y reformas sociales: los grandes desafíos para una mejorada regulación con enfoque de derechos humanos 13

Judith Schönsteiner, Cristóbal Carmona

Justicia Transicional	14
Nueva Constitución: La respuesta “desconfigurada” al estallido social	18
La amenaza del <i>backlash</i> en materia de derechos humanos	25
A cuatro años del estallido social: la responsabilidad de los superiores	28
Seguridad, migración y crimen organizado	30
Seguridad y derechos humanos en la Macrozona Sur / Wallmapu	35
Ordenamiento territorial, desastres y derechos humanos	39
Medioambiente, derechos sociales, derechos indígenas y empresas	43
Institucionalidad de derechos humanos y de infancia	46

“Que las promesas se vuelvan ciertas”: verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición en Chile a 25 años de la reanudación de causas penales 50

Cath Collins, Andrea Ordóñez, et al.

Síntesis	50
Introducción	52
1. Verdad	54
1.1. Balance	54
1.2.1. Desaparición forzada: Chile y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre desapariciones forzadas e involuntarias	55
1.2.2. Búsqueda e identificación	58
1.3. Novedades en la identificación y restitución de personas	63
1.4. Plan Nacional de Búsqueda	66
1.5. Otras noticias en torno a la desaparición forzada	71
1.6. Acta del Pleno de la Corte Suprema que limita acceso público a expedientes y carpetas electrónicas de causas	74

2. Justicia	76
2.1. Balance general	76
2.2. Actuación de tribunales nacionales	85
2.3.1. Tendencias recientes en materia penal: autoría mediata, atenuantes y agravantes, y usos novedosos del derecho	105
2.3.2. Ministras y ministros en visita y acciones de la Oficina de Coordinación Nacional de causas de DDHH	110
2.3.3. Procesos de DDHH ante el Tribunal Constitucional	113
2.4. Otros Actores Relevantes: la Corporación de Asistencia Judicial	116
2.5. Agentes	117
2.5.1. Número preocupante de agentes prófugos	118
2.5.2. Agentes fallecidos e impunidad biológica a nivel de causa	121
2.6. Chile ante el Sistema Interamericano de DDHH y ante las Naciones Unidas	122
3. Reparación	125
3.1. Reparación por vía administrativa: programas y medidas de políticas públicas	125
3.2. Reparación por vía judicial: demandas civiles	131
3.3.1. Reparación simbólica por vía judicial – disolución de condenas espurias dictadas por tribunales militares en tiempo de guerra	137
3.3.2. Otras formas de reparación no monetarias por vía judicial	139
4. Memoria	142
5. Garantías de no repetición	147
5.1. Protagonismo feminista y sobreviviente contra la tortura	149
5.2. Homenajes universitarios y judiciales a profesionales del Derecho	150
5.3. Universidad de Valparaíso inicia proceso de reflexión y reparación	152
5.4. Conmemoración ecológica intergeneracional e internacional	153
5.5. Interpelaciones a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública: cultura institucional y garantías de no repetición	154
6. Conclusiones	156
Recomendaciones reiteradas	159
Recomendaciones	159

Responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados con ocasión del “estallido social” en Chile **162**

Sabrina Alejandra Perret Neilson

Síntesis	162
Introducción	163
1. Dinámica y peligros de la criminalidad cometida por miembros de organizaciones	168

2. La responsabilidad de los superiores jerárquicos en la Ley 20.357	171
2.1. El elemento internacional	172
2.2. La responsabilidad del superior en el artículo 35 de la Ley 20.357	174
2.2.1. Elementos materiales del delito	174
2.2.2. Elementos subjetivos: conocimiento por parte del superior de la perpetración de ilícitos cometidos por subordinados	177
3. Responsabilidad por el mando en el Artículo 150 letra A y D del Código Penal	178
3.1. Tipicidad objetiva	179
3.1.1. La organización y el sujeto activo del delito	179
3.1.2. Conducta: omisión y capacidad de actuar	181
3.1.3. Posibilidad de evitar el hecho (elemento “causal”)	184
3.2. Tipicidad Subjetiva	189
4. Conclusiones	191
Recomendaciones	193

Medidas estatales en materia de seguridad **194**

Victor Beltrán Román, Angélica Torres Figueroa, Judith Schönsteiner

Síntesis	194
Introducción	194
1. La agenda de seguridad	197
1.1. Panorama general de la agenda legislativa	198
1.2. Selección de leyes y proyectos	199
2. Análisis de las medidas estatales en materia de seguridad a la luz de las obligaciones estatales	202
2.1. Prevención y detección temprana de estructuras delictivas organizadas que pueden poner en riesgo la seguridad	206
2.1.1. Estándares	206
2.1.2. Análisis	208
2.2. Investigación y detección	213
2.2.1. Estándares	214
2.2.2. Análisis	215
2.3. Persecución e intervención en el territorio	218
2.3.1. Estándares	218
2.3.2. Análisis	221
2.4. Enjuiciamiento	223
2.4.1. Estándares	224
2.4.2. Análisis	224

2.5. Sanción y reinserción	229
2.5.1. Estándares	229
2.5.2. Análisis	230
3. Conclusiones	233
Recomendaciones	235
Estado de Chile y migración: desafíos en la protección de los derechos de las personas migrantes	237
<i>Isadora Castro Zumarán, Ignacio Fuentes Miranda, Constanza Nazar Ortiz</i>	
Síntesis	237
Introducción	238
1. Gobernanza de frontera: estándares de derechos humanos	241
1.1. Medidas para controlar el ingreso irregular en frontera y registrar a quienes están en situación irregular	245
1.1.1. “Devoluciones en caliente”: la reconducción inmediata como medida ineficaz para controlar la migración irregular en frontera	246
1.1.2. Participación de militares en frontera: ley de infraestructura crítica	251
1.2. Autodenuncia: incentivos y beneficios poco claros	254
2. Acceso al derecho a la educación de la población migrante y chilena	258
2.1. Contexto nacional	259
2.2. ¿Colapso de matrícula?	260
2.2.1. Medidas propuestas	262
2.2.2. Cuestiones pendientes	264
3. Demora en respuesta a la residencia definitiva	264
3.1. Datos entregados por el Servicio Nacional de Migraciones y el análisis realizado por la auditoría de la Contraloría	265
3.2. Derechos fundamentales en la Ley 21.325 y su acceso durante la tramitación de la residencia definitiva	270
3.4. Avances y desafíos	272
4. Conclusiones	273
Recomendaciones	277
El sistema de salud chileno en tiempos de reforma: Evaluación de un modelo segregado	279
<i>Catalina Milos Sotomayor</i>	
Síntesis	279
Introducción	280

1. Breve reseña sobre el sistema de salud chileno	283
1.1. Cómo funcionan los sistemas público y privado de salud	284
1.2. Financiamiento de ambos sistemas	286
1.3. Las agencias reguladoras y el rol de las Tribunales Superiores de Justicia	287
2. Problemas identificados en el sistema de salud chileno desde una perspectiva de derechos humanos	288
2.1. Los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la salud	288
2.1.1. Obligaciones generales	291
2.1.2. Elementos esenciales del derecho a la salud	293
2.2. Problemas identificados en el sistema de salud chileno	293
2.2.1. Falta de equidad entre el sistema de salud público y privado	293
2.2.2. Mayores tiempos de espera en Fonasa e Isapres	301
2.2.3. Aumento de los y las afiliadas en Fonasa	303
2.2.4. Falta de claridad y equidad en los criterios de priorización en la atención de salud para los y las usuarias de Fonasa	305
2.2.5. Falta de respuesta del Poder Ejecutivo y Legislativo frente a las advertencias del Poder Judicial en materia de salud	309
2.2.6. Problemas de acceso a la justicia ante las Cortes Superiores de Justicia y Superintendencia de Salud	313
2.2.7. Fragilidad financiera del sistema privado de salud e incertidumbre	314
2.2.8. Notas generales sobre gasto público focalizado en el sistema de salud, avances y desafíos	315
3. Propuestas de reforma para mejorar el sistema de salud	316
3.1. Informe Comisión Asesora Presidencial Presidenta Bachelet sobre Reforma al Sistema Privado de Salud (2014)	316
3.2. Informe Final de Acuerdos Comisión de Expertos para las Reformas de las Isapre y del Fonasa, Informe Accorsi (2020)	317
3.3. Propuestas de solución para la crisis que enfrenta el sistema de Isapres. Informe exsuperintendentes (2023)	319
3.4. Proyecto de Ley Corta (2023)	320
4. Lineamientos para una futura reforma a la salud en Chile	322
Recomendaciones	324
¿Quién cuida a las cuidadoras de los establecimientos de larga estadía para personas mayores?	326
<i>Lidia Casas Becerra, Valentina Salazar Wattier</i>	
Síntesis	326
Introducción	327

1. El derecho internacional de los derechos humanos y las personas mayores	330
2. Estándares de derechos humanos sobre la protección a trabajadoras y trabajadores	334
3. “Casa de reposo”, “asilo” o “guardería de viejitos”: los establecimientos de larga estadía	337
4. Las trabajadoras en el ámbito del cuidado	344
5. Deber del Estado de fiscalizar los ELEAM y proteger a trabajadoras y trabajadoras	355
6. Conclusiones	362
Recomendaciones	364
¿Compartiendo beneficios en el Salar de Atacama? Recursos naturales, explotación del litio y modelo(s) de desarrollo en territorio del pueblo atacameño	365
<i>Cristóbal Carmona Caldera</i>	
Síntesis	365
Introducción	366
1. La explotación del litio en el Salar de Atacama	368
1.1. Marco normativo y regulación jurídica del litio en Chile	369
1.2. Explotación del litio y relacionamiento entre empresas y comunidades indígenas	370
2. El derecho a participar en los beneficios presente en el Convenio N°169	374
2.1. Fundamentos	374
2.1.1. Derecho al desarrollo	374
2.1.2. Proporcionalidad: la distribución equitativa de los costos y beneficios	376
2.2. Objetivos del derecho	379
2.3. Forma de implementación	380
2.3.1. Dimensiones de implementación	380
2.3.2. Obligaciones procesales	380
2.3.3. Sujetos activos	383
2.3.4. Tipos de beneficios	385
3. Participación en los beneficios en la explotación del litio en el Salar de Atacama	385
3.1. Medidas de participación en los beneficios incorporadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)	386
3.1.1. Resultados	387
3.2. Acuerdos privados entre empresas y comunidades indígenas	389
3.2.1. Los acuerdos negociados para compartir beneficios en el Salar de Atacama	390

3.3. Mecanismo de distribución de beneficios Corfo-SQM	394
4. Análisis: ¿Beneficios compartidos en el Salar de Atacama?	398
4.1. Territorialidad y afectación: la necesidad de una aproximación en dos niveles	398
4.2. Desarrollo y proporcionalidad: los objetivos de la participación en los beneficios	401
4.2.1. Mejoramiento de condiciones de vida en el Salar	401
4.2.2. Proporcionalidad en la distribución de cargas y beneficios: las tensiones y oportunidades con la protección ambiental del territorio	402
4.3. Participación en diseño e implementación	407
5. Conclusiones	408
Recomendaciones	409

El deber de restaurar ecosistemas a la luz de instrumentos y estándares sobre derechos humanos y del medio ambiente, y su implementación en Chile 410

Paula Candia Inostroza

Síntesis	410
Introducción	411
1. La restauración desde las ciencias	414
1.1. Gradiente de actividades para recuperar ecosistemas dañados	415
1.2. La recuperación mínima necesaria para lograr un ambiente sano	419
2. Fuentes internacionales y regionales	420
2.1. El deber de restaurar en el derecho ambiental internacional	421
2.2. El derecho humano a un ambiente sano en relación con el deber de restaurar	423
2.3. Estándar del deber de restaurar en relación con el derecho humano a un ambiente sano	428
3. Tratamiento e implementación del deber de restaurar en Chile	430
3.1. Referencias regulatorias a la restauración en Chile	431
3.2. Contenido de los proyectos de restauración	437
3.3. Ausencia de restauración en el norte de Chile	444
3.3.1. Ejemplos de acciones recuperativas defectuosas en ecosistemas contaminados de la zona norte	445
3.3.2. Consideraciones finales en relación a la implementación de la restauración en Chile	451
4. Conclusiones	452
Recomendaciones	454

Transparencia en materia de sustentabilidad corporativa desde una perspectiva de derechos humanos 456

Carlos Miranda, Danny Rayman

Síntesis	456
Introducción	456
1. Estándares internacionales	459
1.1. El deber del Estado de proteger	459
1.2. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos	464
1.3. Acceso a la justicia y a mecanismos de reparación	468
2. Institucionalidad de transparencia sobre sostenibilidad corporativa	470
2.1. Entidades fiscalizadas y obligaciones de información	470
2.2. Contenido de la obligación de informar cuestiones ASG	472
2.3. Responsabilidad y sanciones por incumplimiento	477
3. Transparencia corporativa en materia de derechos humanos en Chile	480
3.1. Enfoque de derechos humanos en la información	483
3.1.1. Identificación de grupos afectados y localización geográfica	484
3.1.2. Enunciación de derechos impactados por empresa	485
3.2. Reclamación y remediación	488
3.3. Consideración de fuentes de terceros	491
3.4. Verificación externa de la información	491
4. Conclusiones	493
Recomendaciones	496

“Mejor Niñez”, ¿mejor servicio? Análisis del nuevo Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia 498

Francisco Estrada, María José Jara

Síntesis	498
Introducción	499
1. La creación de un nuevo servicio de protección	503
2. Marco normativo nacional	508
3. Análisis de la implementación	510
3.1. Desinstitucionalización	510
3.1.1. Prevención de la separación	512
3.1.2. Priorización de formas de cuidado familiar	516
3.1.3. Idoneidad del acogimiento residencial	518
3.2. Violencia en el sistema residencial	525

3.3. Instalación del Servicio	531
3.3.1. La normativa de la instalación	532
3.3.2. Las diversas dimensiones de la instalación	537
4. Conclusiones	544
Recomendaciones	546
La institucionalidad de derechos humanos en Chile: un balance a 30 años de los Principios de París	548
<i>Vicente Aylwin, Elvira Vergara</i>	
Síntesis	548
Introducción	549
1. La institucionalidad de derechos humanos a 30 años de los Principios de París	550
1.1. Estándares y evolución	550
1.2. Autonomía e independencia	554
2. La institucionalidad autónoma de derechos humanos: evaluación, balance y seguimiento de recomendaciones	559
2.1. INDH	559
2.1.1. Sobre la nueva composición del Consejo y el mecanismo de designación de sus miembros	559
2.1.2. La autonomía a la luz de la Ley de Presupuesto 2023	562
2.1.3. Autonomía frente a las querellas presentadas contra el exdirector por decisiones tomadas por el Consejo	566
2.2. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones	567
2.2. Defensoría de la Niñez	570
2.2.1. Autonomía en el proceso de designación del nuevo Defensor o Defensora de la Niñez	571
2.2.2. Autonomía financiera de la Defensoría de la Niñez	574
2.2.3. Pluralismo y participación de la sociedad civil en la Defensoría de la Niñez	576
2.2.4. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones	576
2.3. Comité para la Prevención de la Tortura	578
2.3.1. Autonomía en el mandato legislativo y autonomía funcional del Comité	578
2.3.2. Autonomía financiera del Comité	583
2.3.3. Pluralismo al interior del Comité	584
2.3.4. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones	585
3. Conclusiones	586
Recomendaciones	587

¿COMPARTIENDO BENEFICIOS EN EL SALAR DE ATACAMA? RECURSOS NATURALES, EXPLOTACIÓN DEL LITIO Y MODELO(S) DE DESARROLLO EN TERRITORIO DEL PUEBLO ATACAMEÑO

Cristóbal Carmona Caldera¹

SÍNTESIS

Con la emergencia y consolidación de la descarbonización y de las energías renovables, en los últimos años, la importancia del litio en los mercados globales ha crecido de manera importante. No es de extrañar, entonces, que en abril del año 2023 el Gobierno de Chile lanzara la Estrategia Nacional del Litio (ENL) con el objeto de posicionar a nuestro país como un actor global en esta industria. En Chile, las mayores reservas de litio se encuentran en el Salar de Atacama (en adelante, también, Salar), que es donde tienen sus operaciones las dos empresas que concentran la producción de litio en el país, a saber, Albemarle y SQM. El Salar es, al mismo tiempo, un ecosistema de gran fragilidad y territorio ancestral del pueblo atacameño. De acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el pueblo atacameño tiene una serie de derechos frente a la exploración y explotación de recursos naturales de titularidad estatal –como lo es, en este caso, el litio– existentes en ese territorio. Entre ellos, se encuentra el derecho a participar en los beneficios que reporten dichas actividades. El objetivo del presente capítulo es analizar cómo el Estado ha cumplido con esta obligación convencional respecto a las comunidades indígenas atacameñas que habitan en el Salar de Atacama, a propósito de la explotación de este mineral. Para ello, luego de esbozar un breve contexto, el capítulo identifica los fundamentos y principales elementos de este derecho, a partir

¹ Doctor en Derecho. Profesor asistente de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. El autor agradece el invaluable trabajo de las ayudantes de investigación Valeria Soto Poblete y Sofía Barrera Fuentes.

de los cuales realiza, posteriormente, una evaluación de su cumplimiento en el caso del Salar. El capítulo concluye con unas breves reflexiones a propósito de la Estrategia Nacional del Litio y formula una serie de recomendaciones al Estado chileno.

PALABRAS CLAVES: Participación en los beneficios; comunidades indígenas atacameñas; explotación del litio; Salar de Atacama.

INTRODUCCIÓN

En agosto de 2023, el periódico británico *Financial Times* publicó un artículo titulado “The new commodity superpowers”.² La publicación analizaba cómo la nueva demanda por ciertos *commodities*, como el litio, estaba transformando las fortunas de los países que las producían. Entre ellos, se encontraba nuestro país, segundo productor mundial de litio. La importancia que en este reportaje se le otorgaba al litio y a Chile son un ejemplo elocuente del escenario actual que vive esta industria. En efecto, en los últimos años, el litio ha empezado a tener nuevos usos de carácter estratégico. Por ejemplo, en el almacenamiento de energía en baterías eléctricas y en sales para acumuladores de termos solares; en aleaciones para aviones, barcos y rodados, como son las de aluminio-litio; y en la producción del tritio, que es utilizado como combustible en la fusión nuclear. Consecuentemente, su demanda ha crecido de manera exponencial. De hecho, se ha estimado que la cadena completa de baterías de ion de litio (desde la minería a su reciclaje) pueda crecer sobre 30% cada año hasta 2030.³

Como se adelantaba, Chile tiene una de las más grandes reservas de litio a nivel mundial, estimadas entre el 36% y el 40% del total global,⁴ la mayor parte concentrada en el Salar de Atacama. En nuestro país, el litio se extrae de la salmuera que está en los salares, la cual se bombea desde el espacio subterráneo donde se encuentra hacia una serie de grandes y poco profundos estanques de evaporación al aire libre. El objetivo de este proceso es aumentar la concentración de salmuera a través de la evaporación natural impulsada por el sol y el viento y tiende a ser muy rentable dado que los salares suelen emplazarse en elevaciones altas y en regiones áridas. El concentrado obtenido por evaporación es sometido a un proceso de

² *Financial Times*: “The new commodity superpowers”, 8 de agosto de 2023. <https://www.ft.com/content/0d2fba79-940f-4a28-8f4f-68f1e755200f>.

³ Stok Down Under: “How much will lithium demand skyrocket during the rest of the 2020s?”, 26 de junio de 2023.

⁴ Gobierno de Chile, *Estrategia Nacional del Litio- Por Chile y su Gente*, 2023, p. 9.

purificación y tratamiento para generar carbonato de litio. Todo este procedimiento, evidentemente, no es inocuo. La tecnología de evaporación de salmuera puede tener impactos adversos en el uso del agua, la flora y la fauna, la generación y eliminación de desechos y el hundimiento de la tierra.⁵ Al mismo tiempo, suele provocar una serie de afectaciones sobre los derechos humanos de las personas que viven en los salares, en particular sobre los derechos de las comunidades indígenas en cuyo territorio se encuentran emplazados los salares. El caso del Salar de Atacama y las comunidades atacameñas que lo habitan, es señero a este respecto.⁶

En este contexto, durante 2023 el Gobierno de Chile anunció la Estrategia Nacional del Litio (en adelante, ENL), consistente en una serie de medidas que permitirían incorporar capital, tecnología, sostenibilidad y agregación de valor al sector productivo “en armonía con las comunidades”⁷, y que busca posicionar a Chile como un actor global de relevancia en esta industria. En cuanto a la implementación de esta estrategia, el Gobierno indicó que “será acompañada por un proceso de diálogo con los distintos grupos de interés”, entre los que se encuentran las comunidades indígenas.⁸ “Este proceso de diálogo” –señala el documento donde se explica la ENL– “se desarrollará teniendo como marco los acuerdos internacionales ratificados por Chile (el Convenio 169 de la OIT, y el Acuerdo de Escazú)”.⁹ A pesar de estas declaraciones y los acercamientos posteriores del Gobierno,¹⁰ cabe destacar que el diseño de esta estrategia no contó con la participación de las comunidades indígenas del Salar de Atacama. Asimismo, la ENL no hace mención alguna al derecho de estas comunidades a participar en los beneficios de la explotación de litio.

Esta última omisión es importante. El derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios es, actualmente, un elemento central de los derechos territoriales indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH). Este derecho se encuentra expresamente

⁵ Ver Rennie B Kaunda, “Potential environmental impacts of lithium mining, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 38:3, 2020, pp. 237-244.

⁶ Sobre los impactos ambientales y culturales de la industria del litio en el Salar de Atacama, ver José Aylwin, Marcel Didier y Oriana Mora, *Evaluación de impacto en derechos humanos de SQM en los derechos del pueblo indígena Lickanantay*, Observatorio Ciudadano / Heinrich Boll Stiftung, 2021; y Bárbara Jerez, Ingrid Garcés y Robinson Torres, “Lithium extractivism and water injustices in the Salar de Atacama, Chile: The colonial shadow of green electromobility”; *Political Geography*, (87), 2021.

⁷ Gobierno de Chile, *Estrategia Nacional del Litio- Por Chile y su Gente*, 2023, p. 9.

⁸ Gobierno de Chile, op. cit., p. 22.

⁹ Gobierno de Chile, op. cit., p. 22.

¹⁰ PrensaPresidencia: “Presidente de la República, Gabriel Boric Font, se reúne con pueblos originarios por Estrategia Nacional del Litio”, 30 de junio de 2023.

consagrado en el art. 15 N° 2 del Convenio 169 de la OIT (en adelante, Convenio N°169 o Convenio), tratado de derechos humanos ratificado por Chile el año 2008.¹¹ Además de esta norma, la participación en los beneficios forma parte del estándar internacional en virtud del cual diversos órganos de derechos humanos evalúan o monitorean el actuar del Estado en contextos extractivos.¹² No obstante lo anterior, en la actualidad en Chile no existe, en sentido estricto, una regulación e implementación de este derecho. Sin embargo, y aunque pueda parecer paradójico, la omisión de una regulación general de la participación en los beneficios no quiere decir, necesariamente, que dicho derecho no se esté aplicando. Aun cuando de manera fragmentaria, descentralizada y no sistemática, cabe reparar que en los últimos años han emergido determinadas prácticas y esquemas en la explotación del litio en el Salar de Atacama que suponen o alegan ser, de una forma u otra, mecanismos de participación en los beneficios.

En este orden de ideas, el presente capítulo busca explorar de manera preliminar el (posible) cumplimiento del derecho a participar en los beneficios, en el marco de la explotación del litio en el Salar de Atacama. Para lograr este objetivo, se comenzará (2) con una breve contextualización de la explotación del litio en el Salar. A continuación, (3) se precisará el estándar del derecho a participar en los beneficios, para luego (4) proceder a identificar los mecanismos que han emergido en los últimos años y que supondrían formas de cumplir este derecho. A partir de lo anterior, (5) se evaluará la idoneidad de estos mecanismos para lograr tal objetivo, (6) terminando con unas breves conclusiones y formulando recomendaciones al Estado chileno en la materia.

1. LA EXPLOTACIÓN DEL LITIO EN EL SALAR DE ATACAMA

A modo de contexto, en esta sección (2.1) se explicará brevemente el estatus jurídico del litio en Chile, para posteriormente (2.2) repasar la historia de explotación de este mineral en el Salar.

¹¹ Promulgado por Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2 de octubre de 2008.

¹² Ver, por ejemplo, CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 223; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam*, 28 de noviembre de 2007, párr. 128; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18° a 21° del Perú*, CERD/C/PER/CO/18-21, 25 de septiembre de 2014, párr. 15.d; y Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 76.

1.1. Marco normativo y regulación jurídica del litio en Chile

El régimen jurídico del litio en Chile se caracteriza por ser una excepción al sistema concesional minero nacional.¹³ En concreto, actualmente nuestra legislación ha dejado al litio fuera del sistema concesional minero, reservando al Estado su exploración y explotación.

En efecto, hasta la década de los setenta el litio seguía estando dentro de las sustancias concesibles, requiriéndose autorización y cuota de explotación por parte de la Comisión Chilena de Energía Nuclear (en adelante, CCHEN). Posteriormente, en 1976, mediante Decreto Ley 557, se le otorga al Estado, a través de la CCHEN, la capacidad de controlar el comercio y acopio de materiales de interés nuclear y, además, la potestad de declarar de utilidad pública y expropiables a los materiales nucleares.¹⁴ Con todo, es recién en 1979, mediante Decreto N°2886, que el litio es declarado Mineral de Interés Nacional, quedando su exploración/explotación reservada al Estado. La única salvedad a este respecto la constituyen las pertenencias mineras anteriores a 1979, las que quedan excluidas del nuevo régimen del litio. Ejemplo de este caso son las pertenencias mineras de CORFO, las que fueron solicitadas en 1977 y que son sobre las cuales se realizará la explotación del Salar en los años venideros.¹⁵

En 1980, con la promulgación de la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución o CPR), se establecieron las sustancias minerales no concesionales –entre las cuales se encontraba el litio–. Estas sustancias, se estipula en la CPR, solo podrán ser exploradas o explotadas “directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo” (Art. 19 N°24 inc. 10°). Posteriormente, en 1982, se dicta la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (en adelante, LOCCM), en la cual el litio es declarado como “material estratégico” y se ratifica que no es susceptible de concesión minera. Finalmente, en 1983, se dicta el nuevo Código de Minería, en cuyos arts. 7 y 8 se reitera el régimen de propiedad consagrado en la Constitución y en la LOCCM.

En suma, el régimen jurídico del litio se divide en dos categorías, dependiendo de la fecha de inscripción. Por una parte, están las pertenencias mineras inscritas antes de 1979, que son concesionables y explotables tanto por empresas privadas como públicas, requiriendo autorización y cuota

¹³ Gobierno de Chile, op. cit., p. 7.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Rafael Poveda Bonilla, “Estudio de caso sobre la gobernanza del litio en Chile”, *serie Recursos Naturales y Desarrollo*, N°195, CEPAL, 2020, pp. 38 y ss.

de extracción de la CCHEN. Por otra, las pertenencias inscritas después de 1979, que serán no-concesionables y, por tanto, quedan restringidas para el Estado. En esta segunda categoría, se puede otorgar el derecho de explotación a empresas estatales, concesiones administrativas, y mediante Contratos Especiales de Operación de Litio (CEOL) decretados por el Ministerio de Minería, siendo exigible, asimismo, la autorización y cuota de extracción de la Comisión Chilena de Energía Nuclear.¹⁶

Finalmente, es preciso señalar que CORFO presenta contratos de sus pertenencias inscritas en 1977 –emplazadas en el Salar de Atacama– con dos empresas, que son las principales productoras de litio, SQM y Albermarle, manteniendo contratos que les permiten el arriendo, la exploración y la explotación del litio. La vigencia de estos contratos es hasta 2030 y 2043, respectivamente.

1.2. Explotación del litio y relacionamiento entre empresas y comunidades indígenas

La explotación del litio en Chile comenzó a gestarse en la década de los setenta. En 1975, el Gobierno chileno suscribe el primer convenio base con la empresa estadounidense Foote Mineral Company para realizar estudios de exploración en el Salar de Atacama. Posteriormente, en 1980, se conforma la Sociedad Chilena del Litio (SCL) por parte de Foote Mineral (55%) y CORFO (45%). Este último porcentaje fue aportado mediante la entrega de pertenencias mineras que tenía la institución estatal en el Salar de Atacama. Una vez constituida dicha sociedad, se firma el Convenio Básico con CORFO.¹⁷ Un segundo proyecto de CORFO para el aprovechamiento del mineral tendría lugar en 1983, con la licitación de un proyecto internacional, que fue adjudicado por la empresa estadounidense Amax Inc., y la empresa chilena Molymet, que en 1986 constituyeron la Minera Salar de Atacama (Minsal). En esta compañía, Amax tenía un 63,7% de la propiedad, CORFO un 25% y Molymet un 11,25%. El porcentaje de CORFO fue aportado mediante la suscripción de un contrato de arrendamiento con la empresa Minsal.

Desde finales de la década de los ochenta, se comienza a producir un alejamiento de CORFO de su participación en la exploración y explotación del litio. Así, entre los años 1988 y 1989 la entidad estatal vende su porcentaje de participación (45%) en SCL a Foote Mineral Company. Luego, en 1995 vende sus acciones de Minsal (18,18%) a SQM, empresa que había

¹⁶ Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, *Marco Normativo del Litio en Chile*, Boletín N°1, 2019, p. 7.

¹⁷ Poveda, op. cit., p. 40. La información de este apartado se basa en gran parte en este trabajo.

adquirido dos años antes las participaciones de Amax y Molymet.¹⁸ De esta manera, se realizan dos procesos de privatización de la producción de litio y CORFO pasa a asumir un nuevo rol en la gestión, control y fiscalización de este mineral.

En lo que concierne al tema de este capítulo, cabe relevar que luego de que comenzaran las operaciones extractivas en el Salar de Atacama –SCL en 1984, Minsal en 1996–,¹⁹ las empresas empiezan a considerar y relacionarse con las comunidades aledañas. Esta relación se produce bajo un paradigma “asistencialista”, caracterizado por su carácter voluntario, que en sí mismo no constituye un modelo de relación empresarial dada la asimetría entre los actores, y que adicionalmente no depende de compromisos contractuales o formales sostenidos en el tiempo; es decir, consiste en políticas de “buena vecindad”.²⁰ Hacia finales de la década de los 90, este tipo de relación empieza a ser altamente cuestionada, en función del cambio del contexto político inmediato de la minería del Salar, que incluye la formación de actores colectivos organizados y la política indígena y ambiental, dando paso a un modelo de Responsabilidad Social Empresarial (RSE). Frente a ese nuevo escenario, que incluía una nueva base normativa debido a la promulgación de la Ley 19.253 o Ley Indígena (1993) y la creación de Áreas de Desarrollo Indígena en el Salar de Atacama (1997) y Alto Loa (2003), las empresas formularon cursos de acción que organizaron como programas de desarrollo local en favor de las comunidades y en la creación de divisiones de unidades ambientales.²¹

A partir del año 2007, y a propósito del auge internacional de los precios del litio, se da paso en Chile a un proceso denominado “redescubrimiento del litio”, iniciado por el debate político que se produjo respecto a la importancia del mineral para la estrategia y economía del país. Paralelamente, los modelos de relación de las empresas hacen crisis con las comunidades atacameñas, originándose diferentes conflictos. Ejemplos de lo anterior son la oposición –entre 2005 y 2006– a la ampliación de las faenas mineras y extracción de salmueras en el Salar por parte de SQM; y los inicios de evaluaciones de impacto ambiental de proyectos en los “Campos de Géiseres del Tatío” (2007) y “Suministro de Agua Pampa Colorada” (2007). Estos proyectos fueron altamente resistidos por las comunidades indígenas de Peine, Socaire y Toconao, que enviaron una primera alerta

¹⁸ Poveda, op. cit., p. 45.

¹⁹ Poveda, op. cit., p. 46.

²⁰ Hans Gundermann y Bárbara Göbel, “Comunidades indígenas, empresas del litio y sus relaciones en el Salar de Atacama”, *Chungará: Revista de Antropología Chilena*, Vol. 50, N°3, 2018, p. 479.

²¹ Gundermann y Göbel, op. cit., p. 480.

de que las empresas interesadas en impulsar inversiones en áreas indígenas debían considerar el cambio de escenario y de actores.²² Ello, sobre todo, teniendo en cuenta que la aprobación del Convenio N°169 (en vigencia desde 2009) planteaba criterios de información y consulta indígena más elevados que otros cuerpos legales anteriores.²³

En 2014, a meses de iniciarse el segundo gobierno de Michelle Bachelet, se crea la Comisión Nacional del Litio (CNL) con el objetivo de diseñar políticas públicas respecto de la extracción del mineral, y discutir su posición como recurso estratégico, la sostenibilidad de los salares y las relaciones con las comunidades, reconociendo el derecho de estas a percibir beneficios y ser compensadas.²⁴ Una de las recomendaciones fundamentales emitidas por la CNL, fue la necesidad de hacer una revisión de los contratos vigentes con SQM y Rockwood, mantener la no concesibilidad del litio, dar una mirada a la gobernanza de los salares por sobre el litio y fortalecer el rol del Estado. A consecuencia del informe de la Comisión, se anunció la creación del Comité CORFO para la Minería no metálica y gobernanza de los salares. Esta medida daba una señal de continuidad del esfuerzo técnico y político que había liderado el Ministerio de Minería y que ahora pasaba a una siguiente etapa de estudio y definición de una posible nueva institucionalidad de gobernanza de los salares y de una política nacional de largo plazo en la materia.²⁵

Así, en 2016, CORFO y Rockwood (hoy Albermarle) suscribieron la reforma al Convenio Básico, con nuevas condiciones para la explotación de litio en las pertenencias del Salar de Atacama. Entre estas nuevas condiciones se encuentra la fijación de un plazo máximo para el término de los derechos de explotación, y el acceso a la información, fiscalización y auditorías financieras. Asimismo, se incluye el reconocimiento por parte de CORFO de la importancia de los acuerdos suscritos por Rockwood con las comunidades del Salar de Atacama, en específico, el Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo con la Comunidad Indígena de Peine (2012), el Convenio Marco de Cooperación con la Municipalidad de San Pedro de Atacama (2015), y el Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo con el Consejo de Pueblos Atacameños, la

²² Gundermann y Göbel, op. cit., pp. 480-481.

²³ Gundermann y Göbel, op. cit., p. 483. Sobre las etapas iniciales de la implementación de la consulta en Chile, véase Cristóbal Carmona, “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”, en *Tesis de maestría año académico 2012*, Buenos Aires, Access Group, 2013, pp. 15-139.

²⁴ Poveda, op. cit., pp. 59-60.

²⁵ Poveda, op. cit., p. 60.

Comunidad Atacameña Rio Grande y otras (2016).²⁶ Estos acuerdos son el ejemplo más claro del nacimiento de una nueva configuración de relaciones entre empresas y comunidades, llamada el paradigma de los “valores compartidos”. Esto implica que el valor económico para la empresa y el valor social para las comunidades del entorno quedan integrados en una misma estrategia corporativa con especial énfasis en la participación y el desarrollo local, permitiendo que sean las propias agrupaciones atacameñas las que establezcan usos y prioridades de uso para las transferencias económicas y redistribución de ganancias que se produzcan.²⁷

La negociación del contrato con Rockwood era importante para el Estado de cara al inicio del mismo proceso con SQM, sobre todo por los conflictos y litigios que mantenía con la empresa y la pretensión de CORFO de dar por terminados sus contratos.²⁸ En específico, a partir de 2012, se reportaron diferentes anomalías por parte de SQM respecto de los cálculos de pago de la renta de arrendamiento –regalía– a CORFO. Estas irregularidades derivaron en dos demandas arbitrales presentadas contra la empresa, en 2014 y 2016.²⁹ A esto se sumó una denuncia presentada en 2016 por el Servicio Nacional de Aduanas de Chile por ilícitos aduaneros y un proceso sancionatorio iniciado en 2016 por la Superintendencia.³⁰

A pesar de que los variados llamamientos a conciliación del proceso arbitral habían fracasado, y parecía inminente un fallo arbitral, finalmente SQM aceptó las condiciones exigidas por CORFO. En consecuencia, en 2018 se acuerdan las Bases de Conciliación, poniendo fin a las disputas entre ambos actores y fijando reformas a los contratos. Dichas reformas se traducen en el pago de comisiones progresivas por la cuota de explotación de litio y otros minerales extraídos del Salar; el cumplimiento irrestricto de lo que resuelva la autoridad medioambiental en los procesos sancionatorios en curso; y aportes anuales a favor de las comunidades y gobiernos locales como los gobiernos regionales y municipalidades.³¹

²⁶ Poveda, op. cit., p. 63.

²⁷ Gundermann y Göbel, op. cit., p. 481.

²⁸ Poveda, op. cit., p. 62.

²⁹ Poveda, op. cit., pp. 63-64.

³⁰ Poveda, op. cit., p. 64.

³¹ Poveda, op. cit., pp. 64-66.

2. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS PRESENTE EN EL CONVENIO N°169³²

Tal como se mencionó en la introducción del capítulo, la norma matriz del derecho a participar en los beneficios se encuentra en el artículo 15 N°2 del Convenio 169. Esta disposición señala que “[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten [las] actividades de [de exploración y explotación de recursos naturales de titularidad estatal existentes en territorios indígenas]”. De cara a la evaluación del cumplimiento de este derecho en el Salar, en la presente sección se intentarán explicar sus (3.1) fundamentos, (3.2) objetivos y (3.3) forma de cumplimiento.

2.1. Fundamentos

En derecho internacional no existe una respuesta clara a la interrogante de por qué las comunidades indígenas tienen un derecho preferente a recibir, directamente, un porcentaje específico de los beneficios de la explotación de recursos naturales. En la presente sección se postulará que el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios tiene una doble justificación normativa. A saber, en (3.1.1) el derecho al desarrollo y en (3.1.2) la necesidad de que las restricciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas sean proporcionales.

2.1.1. Derecho al desarrollo

En su faz sustantiva –es decir, en tanto derecho con su contenido propio–, el derecho a la participación en los beneficios es una manifestación del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas.

En el DIDH este derecho se encuentra consagrado en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (DDD), de 1986, que tiene un enfoque basado en derechos humanos, centrado en la “participación” y en los “beneficios”.³³ En efecto, según el Art. 2 N°3 de la DDD, las políticas de desarrollo, que los Estados tienen el deber de formular, necesitan cumplir con dos características. Por una parte, ser participativas, en el sentido de estar diseñadas “sobre la base de [la] participación activa, libre y significativa en el desarrollo” de todos los individuos. Por otra, deben ser ecuanímes, en

³² Lo que acá se presenta es una síntesis general de algunos elementos desarrollados en la tesis doctoral del autor. Ver Cristóbal Carmona, “Los pueblos indígenas y el derecho a participar en los beneficios de la explotación de recursos naturales en sus territorios”, *Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho*, 2022.

³³ Arjun Sengupta, “On the Theory and Practice of the Right to Development”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, No. 4, 2002, p. 853.

tanto tiene que producirse una “equitativa distribución de los beneficios resultantes” del desarrollo.

Una lógica similar es replicada por el Convenio N°169. El Art. 7 N°1 del Convenio reconoce que estos pueblos deben tener “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” y a “controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Junto a ello, el Art. 7 N°2 expresa que “[e]l mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan”. Esto es lo que la OIT ha denominado el “derecho a los beneficios”, es decir, que “[t]odos los proyectos y programas de desarrollo deben mejorar la situación socioeconómica de los pueblos indígenas y tribales”.³⁴ En el mismo sentido, el Comité Tripartito, conformado para conocer una Reclamación contra Chile, indicó que “[l]os proyectos especiales para las regiones donde habitan los pueblos interesados deberán elaborarse de modo que promuevan el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud, con su participación y cooperación”.³⁵

Coherentemente con lo expuesto, el Art. 15 N°2 reproduce los dos aspectos centrales del derecho al desarrollo del Convenio. Esto es, que los pueblos puedan participar en el proceso de desarrollo llevado a cabo en sus tierras; y que se beneficien del mismo. En concreto, la regla de la participación en los beneficios del Art. 15 N°2, leída sistemáticamente en el entramado normativo del Convenio N°169, sería una expresión contextual del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse del desarrollo llevado a cabo en sus territorios, de manera tal que las condiciones de vida de estos pueblos se vean mejoradas. Esto, por cierto, de acuerdo a lo que los propios pueblos consideren como una “mejora”.

Lo señalado se puede confirmar con diversos medios complementarios de interpretación –Art. 32, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT)–. Así, la CIDH ha señalado, expresamente, que uno de los objetivos de la participación en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales en territorio indígena “es que las

³⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p.118.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas núm. 1 de Panificadores Mapuches de Santiago*, GB.326/INS/15/5, 21 de marzo de 2016, párr. 149.

condiciones de vida de [los] pueblos [indígenas] mejore”.³⁶ La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, Comisión Africana), en *Endorois contra Kenya*,³⁷ señaló el desarrollo debiese traducirse en beneficios directos y tangibles para las comunidades interesadas.³⁸ Los Endorois, señaló la Comisión Africana, “como beneficiarios del proceso de desarrollo, tenían derecho a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la Reserva de Caza”.³⁹ El derecho a participar en los beneficios señalado en el Art. 15 N°2 sería, entonces, manifestación de la dimensión sustantiva del derecho al desarrollo.

2.1.2. Proporcionalidad: la distribución equitativa de los costos y beneficios

En su faz adjetiva o procesal –es decir, en relación con otros derechos–, la participación en los beneficios –señalado en el Art. 15 N°2– busca la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas existentes en los territorios en que se emplazan industrias extractivas. Ello se desprende de una lectura sistemática de la norma del Art. 15 N°2 combinada con lo dispuesto en los Arts. 7 N°3, relativo a la realización de estudios de impacto en cooperación con los pueblos indígenas; y el 7 N°4, que dispone la obligación estatal de tomar medidas “en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”. El problema, en el caso de la participación en los beneficios, radica en que no resulta claro a primera vista de qué forma se lograría esa protección. Después de todo, el reparto de beneficios “responde al hecho que las compañías están explotando (o van a explotar) las tierras y recursos indígenas”.⁴⁰ Implícitamente, esto significa que los derechos que estos pueblos tienen sobre su territorio están siendo (o serán) inevitablemente restringidos. Tampoco se podría sostener que los beneficios vendrían a reparar o indemnizar un daño. El Art. 15 N°2 del Convenio N°169 establece expresamente –además del deber de repartir los beneficios– que estos pueblos deberán “percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. Por lo mismo, el reparto de beneficios no se-

³⁶ CIDH, *Actividades extractivas*, párr. 222.

³⁷ African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya*, decisión de 25 de noviembre de 2009.

³⁸ Jérémie Gibert, *Natural Resources and Human Rights: An Appraisal*, Oxford University Press, 2018, p. 68.

³⁹ African Commission on Human and Peoples’ Rights, op. cit., párr. 297.

⁴⁰ Roger Merino, “Law and Politics of Indigenous Self-Determination: The Meaning of the Right to Prior Consultation”, en Irene Watson (ed.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Nueva York, Routledge, 2017, p. 137.

guiría una lógica reparatoria frente al daño ocasionado. La explicación más plausible del fundamento de la participación en los beneficios como medida de protección de otros derechos sustantivos, a nuestro juicio, vendría a ser la necesidad de asegurar la proporcionalidad de la restricción de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y, de esa forma, entender que la medida que produce dicha limitación está justificada.

Pensemos en el caso hipotético de un proyecto minero a emplazarse en territorio indígena. La aprobación y operación de este proyecto extractivo sería una medida que restringe claramente una serie de derechos colectivos que estos pueblos tienen en relación en su territorio. Entre otros, los derechos a decidir sus prioridades de desarrollo; a la propiedad y uso de la tierra tradicionalmente ocupada; a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales; etc. Ahora bien, en las democracias constitucionales los Estados pueden restringir legítimamente el ejercicio de gran parte de los derechos humanos.⁴¹ Ello, tanto para acomodar los derechos de otra persona como en favor del interés público.⁴² En este sentido, la restricción de los derechos sustantivos indígenas por parte de un proyecto minero sería, *prima facie*, admisible, siempre y cuando dichas restricciones estén justificadas. El mecanismo para evaluar la justificación de estas restricciones consiste típicamente en un “test de proporcionalidad”.

Metodológicamente, el “test de proporcionalidad” se desarrolla en distintos pasos. Antes del análisis propiamente tal, quien evalúa la medida debe hacerse dos preguntas: si la limitación del derecho tiene una base legal; y si la medida impugnada busca la concreción de un interés legítimo. Respondidas afirmativamente estas interrogantes, se procede con las tres partes de este test: primero, se examina la “idoneidad” de la medida para alcanzar el fin propuesto; segundo, se evalúa la “necesidad” de la medida, en el sentido de si es el medio menos gravoso para la consecución del fin buscado; y, finalmente, se analiza la “proporcionalidad en sentido estricto” de la medida. Este último paso buscar asegurar que todo detrimento a la persona no sea excesivo comparado con los beneficios que se obtendrán; es decir, “intenta equilibrar los beneficios y las pérdidas”.⁴³ En pocas palabras, la proporcionalidad en sentido estricto podría ser entendida como un método de distribución,⁴⁴ por cuanto “[u]na medida equilibrada o proporcional

⁴¹ Jeremy Gunn, “Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis”, *Emory International Law Review*, Vol.19, 2005, p. 469.

⁴² Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012, pp. 161-163.

⁴³ Barak, op. cit., p. 341.

⁴⁴ Mark Reiff, “Proportionality, winner-takeall, and distributive justice”, *Politics, Philosophy & Economics*, Vol. 8, N°1, 2009.

distribuye las cargas y beneficios de tal manera que respeta la igual importancia de todas las personas afectadas”.⁴⁵ En el caso de proyectos extractivos, la participación en los beneficios buscaría asegurar, precisamente, la proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

Para explicarlo, volvamos a nuestro caso hipotético del proyecto minero que –al emplazarse en territorio indígena– inexorablemente limitará una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Procedamos, entonces, a evaluar la proporcionalidad de dichas limitaciones. Supongamos que el fin perseguido por el Estado es el financiamiento en el largo plazo de una serie de obras sociales en las capitales provinciales de todo el país. Este claramente puede ser entendido como un “fin legítimo” en una sociedad democrática. En tanto la operación de un proyecto extractivo permitiría al Estado la recaudación de fondos para financiar obras sociales, podría considerarse que la aprobación de dicho proyecto es una medida “idónea” para la consecución de tal objetivo. Asumamos ahora que, por el volumen de ganancias requeridas y con las medidas de mitigación, reparación y compensación aprobadas por la autoridad ambiental, no habría una alternativa menos gravosa para conseguir ese objetivo que a través de la aprobación del proyecto minero en cuestión. En base a lo anterior, se entendería que la aprobación del proyecto es “necesaria”. Llegados a este punto quedaría evaluar si esta medida es, *stricto sensu*, “proporcional”. Ello, como ya se ha explicado, implica revisar si existe una relación equilibrada o proporcional entre los beneficios obtenidos por el cumplimiento del fin legítimo y el daño causado a los derechos colectivos de los pueblos indígenas derivados de la obtención de ese fin. En nuestro caso, entre mejoramiento del bienestar para la población en general, por un lado, y la limitación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, por otro.

Al respecto, cabe tener en cuenta que, aun cuando la evaluación ambiental haya mitigado adecuadamente los impactos negativos de este proyecto, las comunidades indígenas afectadas quedan en una peor posición que sus conciudadanos no afectados, quienes, mientras tanto, se han beneficiado de las oportunidades de desarrollo derivadas del proyecto en cuestión.⁴⁶ Dicho de otra forma, existiría una desproporción entre, por un lado, los costos que deben soportar las comunidades afectadas por el proyecto minero –comunidades que muchas veces son socioeconómicamente vulnerables– y, por otro,

⁴⁵ Kai Möller, “Dworkin’s Theory of Rights in the Age of Proportionality”, *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 12, N°2, 2018, p. 297.

⁴⁶ Susanna Price et al, “Risk and Value in Benefit-sharing with Displaced People: Looking Back 40 Years, Anticipating the Future”, *Social Change*, Vol. 50, N°3, 2020, p. 460.

los beneficios de esa explotación que recibirá la sociedad en su conjunto.⁴⁷ Como ha explicado Mattias Åhrén: “Difícilmente se puede decir que [una medida] es proporcional si un segmento de la sociedad se queda con todas las cargas que siguen con la extracción de recursos, mientras que otros segmentos cosechan los beneficios”.⁴⁸ Pues bien, esta situación de asimetría en la distribución de cargas y beneficios de los proyectos es lo que justifica el derecho de las comunidades afectadas “a recibir, de manera prioritaria y con mayor prontitud que la población general, una parte justa del flujo de beneficios del proyecto”.⁴⁹ La participación en los beneficios, entonces, es un derecho de naturaleza adjetiva que busca asegurar una proporcional distribución de cargas y beneficios de un proyecto, asegurando así la “proporcionalidad en sentido estricto” de la medida y, por consiguiente, que la limitación de derechos se encuentra justificada.⁵⁰

En síntesis, en su dimensión adjetiva, la participación en los beneficios busca asegurar que la restricción de los derechos colectivos indígenas por el emplazamiento de un proyecto de explotación de recursos naturales en su territorio sea proporcional y la medida esté, en consecuencia, justificada.

2.2. Objetivos del derecho

Según se explicó en la sección anterior, la participación en los beneficios tiene una doble justificación. En su dimensión sustantiva –esto es, en tanto derecho con su contenido propio– se funda en el derecho al desarrollo: en el caso específico de nuestro análisis, en el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de los proyectos de desarrollo que se realicen en sus territorios, de manera que se mejoren sus condiciones de vida. En su dimensión adjetiva –es decir, que tiene por objeto la salvaguarda de otros derechos– se funda en la necesidad de lograr la proporcionalidad en la restricción de derechos colectivos de esos pueblos. De estos fundamentos normativos se desprenden, lógicamente, las dos finalidades u objetivos del derecho: que los pueblos indígenas se beneficien del desarrollo llevado a cabo en sus territorios, mejorando sus condiciones de vida; y que la distribución de costos y beneficios de un proyecto sea proporcional.

⁴⁷ Kendra Dupuy, “Corruption and elite capture of mining community development funds in Ghana and Sierra Leone”, en Aled Williams y Philippe Le Billon (ed.), *Corruption, Natural Resources and Development*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 70.

⁴⁸ Mattias Åhrén, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 218.

⁴⁹ Michael M. Cernea, “The Benefit-sharing Principle in Resettlement” en Renu Modi, ed., *Beyond Relocation: The Imperative of Sustainable Resettlement*, SAGE Publications, 2009, p. 42.

⁵⁰ Åhrén, op. cit., p. 218.

2.3. Forma de implementación

En una observación a Noruega, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones (en adelante, CEACR) consideraba que “no existe un modelo único de participación en los beneficios como prevé el artículo 15, párrafo 2), y que los sistemas idóneos tienen que establecerse en cada caso en particular, teniéndose en cuenta la circunstancia de la especial situación de los pueblos indígenas interesados”.⁵¹ No obstante, una interpretación sistemática de la norma en el contexto del Convenio N°169 (Art. 31 N°1, CVDT), teniendo además en cuenta otras normas relevantes de derecho internacional (Art. 31 N°3, CVDT) y medios complementarios de interpretación (Art. 32, CVDT), permite determinar una serie de elementos que supondría la implementación de este derecho en relación a: (3.3.1) las dimensiones de su implementación; (3.3.2) las obligaciones procesales; (3.3.3.) los sujetos activos; y (3.3.4) el tipo de beneficios.

2.3.1. Dimensiones de implementación

La doble finalidad de la participación en los beneficios demanda la existencia de mecanismos que funcionen, complementariamente, a un nivel general y a uno particular. Así, por un lado, el alcanzar el objetivo de mejorar las condiciones de vida requiere de un abordaje más general, orientado al pueblo que habita el territorio donde se realiza la explotación de recursos naturales, sin diferenciar entre comunidades afectadas y no afectadas. El asegurar el objetivo de la proporcionalidad en la distribución de costos y beneficios supone, en cambio, una aproximación particular. Es decir, un mecanismo que tenga en cuenta los impactos que una actividad específica tiene sobre un número determinado de comunidades indígenas cercanas al lugar de emplazamiento del proyecto de explotación. De esta forma, un punto esencial que se debe tener en cuenta al momento de abordar el cumplimiento de la participación en los beneficios es que esta obligación demanda, como requisito de entrada –por ejemplo, de manera previa a una revisión sustantiva de cumplimiento–, la implementación de mecanismos que funcionen complementariamente a un nivel general y uno particular.

2.3.2. Obligaciones procesales

En la implementación de este derecho, el Estado debiese salvaguardar al menos tres obligaciones de índole procesal. La primera, se refiere a garantizar la participación en el diseño e implementación de los mecanismos para participar de los beneficios. Al respecto, cabe partir subrayando que uno

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo, *Observación (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Noruega (Ratificación: 1990)*.

de los principios fundantes del Convenio consiste en reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico” (Párrafo Preambular N°4, Convenio N°169). Presente en distintas disposiciones del Convenio,⁵² este principio implica que toda medida que pueda afectar de alguna u otra manera a los pueblos indígenas debe contar con la participación efectiva de dichas comunidades, desde su concepción hasta su evaluación.⁵³ Desde la perspectiva del derecho a consulta, los beneficios compartidos pueden ser comprendidos como objeto⁵⁴ y resultado⁵⁵ del proceso consultivo. Esto significa que el debate sobre los beneficios debe ser parte tanto de la información que se presenta en un proceso de consulta,⁵⁶ como del contenido de los acuerdos a los que se llegue por medio de este mecanismo.⁵⁷ Desde el punto de vista del reparto de beneficios, debe garantizarse la participación indígena en cuestiones como el diseño y revisión de los mecanismos de ejecución⁵⁸ y la determinación de los beneficiarios.⁵⁹ En el mismo sentido, la participación indígena jugará un rol preponderante en la identificación de qué es lo que se debe entender como “mejora en las condiciones de vida” de estos pueblos. Ello implica que “cualquier enfoque paternalista que trate de identificar qué es lo que la comunidad necesita desde una perspectiva ‘occidental moderna del desarrollo’ debe ser cuidadosamente evitado”.⁶⁰

La segunda obligación se presenta como contrapartida de la recién enunciada. Como se explicó en el párrafo anterior, la consagración del principio

⁵² Ver, por ejemplo, Art. 2 N°1; Art. 6 N°1(a); y Art. 7 N°4.

⁵³ Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)*, GB.304/14/7, 17 de marzo de 2009, párr. 43.

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

⁵⁵ James Anaya y Sergio Puig, “Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 2017, p. 460.

⁵⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, A/HRC/39/62, 10 de agosto de 2018, párr. 22.b.

⁵⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*, A/HRC/21/55, 16 de agosto de 2012, párr. 43.

⁵⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Observación (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Noruega (Ratificación: 1990)*.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 12 de agosto de 2008, párr. 25 y párr. 27.

⁶⁰ Gabriella Citroni y Karla Quintana, “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en Federico Lenzerini, (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 340.

participativo implica, entre otras cosas, que sean los pueblos indígenas quienes manejen y distribuyan los beneficios según sus criterios particulares y para satisfacer sus propios fines e intereses. Pero este principio puede generar al menos dos problemas. El primero se refiere a la captura por parte de las élites. Este es un fenómeno que se produce cuando los miembros más privilegiados de las comunidades dominan los procesos de toma de decisión y mejoran su acceso a los beneficios colectivos, a expensas de otros grupos –generalmente los más vulnerables–.⁶¹ La experiencia muestra que este tipo de prácticas es relativamente común en el contexto de traspasos directos de fondos derivados de la explotación de recursos naturales a comunidades indígenas y tribales.⁶² Como consecuencia, lo más probable es que no habrá mejoras en el bienestar general de la comunidad.⁶³ El segundo problema se refiere a la posibilidad de que el reparto interno de beneficios termine replicando las desigualdades tradicionales existentes en el grupo. Como ha explicado Jessika Eichler, “interseccionalidades en la forma de ser indígena y mujer, discapacitado/a o anciano/a”, generan “segregación social adicional e iniquidad en temas relacionados con la tierra y los respectivos procesos de toma de decisión”.⁶⁴ Por ejemplo, pese a ser especialmente vulnerables a muchos de los riesgos que plantean las industrias extractivas, las mujeres indígenas suelen ser excluidas de recibir los beneficios económicos de un proyecto.⁶⁵

Frente a estos fenómenos, el Estado deberá asegurar la distribución efectiva y equitativa al interior de pueblos y comunidades indígenas. Así, para evitar la captura de las élites, tendrá que fortalecer la transparencia a través de reglas claras sobre la distribución y uso de los beneficios, reportes públicos sobre los flujos de las ganancias y su gasto, contratos y licitaciones públicas, y establecer procedimientos de monitoreo y evaluación.⁶⁶ Para hacerse responsable de los riesgos de discriminación intracomunitaria, en tanto, el Estado podría reservar un número de posiciones importantes para

⁶¹ Moeko Saito-Jensen, Iben Nathan y Thorsten Treue, “Beyond elite capture? Community-based natural resource management and power in Mohammed Nagar village, Andhra Pradesh, India”, *Environmental Conservation*, Vol. 37, N°3, 2010, p. 327.

⁶² Ver, por ejemplo, Saito-Jensen y otros, op. cit.

⁶³ Dupuy, op. cit., p. 69.

⁶⁴ Jessika Eichler, “Indigenous Peoples’ Land Rights in the Bolivian Lowlands Ways to Mitigate Inequalities in Resource-Related Issues”, *International Human Rights Law Review*, Vol. 5, 2016, p. 123.

⁶⁵ Sarah Baum y Anja Benschauld-tolonen, “Extractive Industries and Gender Equality”, *Review of Environmental Economics and Policy*, Volume 15 (2), 2021.

⁶⁶ Dupuy, op. cit., p. 76.

los grupos más vulnerables en la administración de los fondos y promover elecciones democráticas directas para esos cargos.⁶⁷

La última de las obligaciones procesales se refiere a la necesidad de efectuar una evaluación del impacto “social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos” (Art. 7 N°3, Convenio N°169). Esta evaluación de impactos, que se deberá llevar a cabo a partir de un proceso consultivo con los pueblos / comunidades en cuyo territorio se encuentran los recursos a explotar (Art. 15 N°2, Convenio N°169), es necesaria para lograr el cumplimiento con uno de los objetivos del derecho, a saber, el asegurar que exista una relación equilibrada o proporcional entre los impactos negativos que sufren las comunidades del territorio donde se emplaza el proyecto, por un lado, y el beneficio que dicho proyecto genera para la población general (indígena o no indígena), por otro. Ello, por dos razones. La primera, porque normativamente los beneficios proceden “a propósito” de los impactos que genera la explotación de recursos naturales, pero no “a cambio” de dichos impactos. Esto significa que los impactos deben estar debidamente identificados, evaluados y mitigados con independencia del régimen de distribución de beneficios (Art. 7 N°4 y Art. 15 N°2). La segunda, porque la evaluación de impactos permitiría tener una referencia de las afectaciones o costos que un proyecto supondría para las comunidades indígenas, de cara al balance prudencial que se deberá hacer en relación con los beneficios que obtiene la población general.

2.3.3. Sujetos activos

De acuerdo con el Art. 15 N°2, son los “pueblos” en cuyas “tierras” se sitúan los recursos naturales los que deberán participar en los beneficios de su explotación⁶⁸. Recuérdese que el término “tierras”, debe incluir el concepto de “territorios”, que abarca “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Art. 13N°2). No obstante, como notó Åhrén, los pueblos por regla general no detentan un territorio tradicional como un colectivo, sino que dicho rol les corresponde, en realidad, a las “comunidades indígenas”. Debemos entender, entonces, que

⁶⁷ Saito-Jensen y otros, op. cit., p. 334.

⁶⁸ Es importante mencionar que, al menos a nivel de “*soft law*”, no solo los pueblos indígenas deben participar en los beneficios. En efecto, el Art. 5N°2(c) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales indica: “Los Estados adoptarán medidas para que toda explotación que afecte a los recursos naturales que los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales mantengan o utilicen tradicionalmente solo sea autorizada si, como mínimo: c. Se han establecido las modalidades para repartir de manera justa y equitativa los beneficios de la explotación de común acuerdo entre quienes explotan los recursos naturales y los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales”.

distintas comunidades de un determinado pueblo son las que habitan diversos territorios. Por lo mismo, habría que concluir, en este sentido, que los titulares del derecho no son los “pueblos interesados”, como dice la norma, sino las comunidades indígenas que forman parte de dichos pueblos y que utilizan “de alguna otra manera” (Art. 13N°2) ciertos espacios geográficos.

Sin embargo, una conclusión como esta plantea la siguiente pregunta: ¿Las comunidades “beneficiarias” serían todas aquellas de un pueblo determinado que habitan un territorio, con independencia de la cercanía, uso o relación que tengan con el lugar en el cual, efectivamente, se realiza la explotación del recurso? Si esto fuera así, ¿no generaría un desbalance entre aquellas comunidades que deben soportar más directamente los impactos negativos de la industria y aquellas que reciben un impacto más bien marginal? Y si, en cambio, los beneficios fluyen exclusivamente a las comunidades afectadas, ¿no produciría ello una desigualdad intercomunitaria dentro de un mismo pueblo, en base a algo aleatorio como la mayor o menor distancia de ciertas comunidades a recursos naturales explotables?

A pesar de lo complejo del tema, es posible, según mi criterio, delinear al menos una directriz importante para determinar los beneficiarios. Teniendo en cuenta que es necesario cumplir con las dos finalidades de la participación en los beneficios –señalados en el Art. 15 N°2–, en su implementación habría que distinguir dos sujetos activos distintos. Una de las finalidades de la participación en los beneficios es que los pueblos indígenas se beneficien de los proyectos de desarrollo llevados a cabo en sus territorios y mejoren sus condiciones de vida. En este sentido, los titulares del derecho a participar en los beneficios serán aquellas comunidades que reconocen –y se reconocen entre ellas– como habitando un determinado territorio. Aquí, el título habilitante es el habitar el territorio en donde se realiza el proyecto de desarrollo –i.e., la explotación de recursos naturales–, reconociendo los lazos materiales e inmateriales que vinculan a las distintas comunidades sin diferenciar entre afectadas y no afectadas. La otra finalidad de la participación en los beneficios, recuérdese, es asegurar la proporcionalidad en la restricción de los derechos colectivos indígenas. El cumplir dicho objetivo, lógicamente, implica considerar que el sujeto activo de la obligación es la comunidad (o comunidades) que sufre los costos o impactos negativos de ese proyecto. En suma, existirían dos sujetos activos de la obligación de participar en los beneficios, ubicados en dos planos o dimensiones distintos: las comunidades indígenas que habitan un territorio común y las comunidades afectadas.

2.3.4. Tipos de beneficios

El principio general que regula la determinación del tipo de beneficios que finalmente se compartirá, es que sea el propio pueblo o comunidad quien decida qué clase de beneficios prefiere. Con todo, este principio se puede ver afecto a ciertas limitaciones. Estas son, en esencia, dos. Primero, el Estado debe cautelar que los beneficios sean idóneos para la consecución de los objetivos de la participación en los beneficios. Es decir, deberán apuntar al mejoramiento de las condiciones de vida y hacer proporcional la distribución de cargas y beneficios de un proyecto. Segundo, los beneficios no pueden consistir en proyectos sociales, de salud, educación u obras públicas, por cuanto son servicios que de cualquier modo corresponde “proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales”.⁶⁹ Esto, por cierto, no es un impedimento para que los pueblos indígenas, independiente de las obligaciones sociales del Estado, decidan libremente destinar los recursos a la consecución de objetivos sociales y de infraestructura pendientes.

3. PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS EN LA EXPLOTACIÓN DEL LITIO EN EL SALAR DE ATACAMA

Chile ratificó el Convenio N°169 el 15 de septiembre de 2008. En virtud de sus disposiciones internas (Art. 38 N°3), este tratado entró en vigencia para el país un año más tarde: el 15 de septiembre de 2009. Excede los objetivos de este capítulo efectuar una evaluación de la implementación del Convenio en Chile, a más de diez años de su ratificación. Basta decir que, en lo tocante al derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios (Art. 15 N°2), a la fecha no ha existido una regulación general para su implementación. Hay distintas razones que pueden explicar este hecho. De partida, recordar que en el primer fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional (TC) sobre el Convenio, se declaró que la norma de participación en los beneficios tenía el carácter de “no autoejecutable”. Para el TC, esto significaba que su aplicación “ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera”.⁷⁰ Asimismo, dado que el objeto primordial de esta norma es la explotación de los recursos del subsuelo y que en Chile la industria minera (metálica y no metálica) representa aproximadamente el 10%⁷¹ del Producto Interno Bruto (PIB), existen

⁶⁹ CIDH, Actividades extractivas, párr. 243.

⁷⁰ Tribunal constitucional, Sentencia 309-2000, de 4 de agosto de 2000, Considerando 73°.

⁷¹ Consejo Minero, *Minería en Números*, 2020, p. 16.

resistencias económico-políticas a la posibilidad de introducir modificaciones al régimen regulatorio minero.

Ahora, sea por la razón que fuere, lo cierto es que este déficit regulatorio no ha sido óbice para que, por diferentes motivos y en distintas áreas, en la actualidad puedan encontrarse una serie de mecanismos que impliquen compartir beneficios –por la explotación de recursos del subsuelo– con las comunidades indígenas. En este apartado se identificarán y describirán tres de ellas, utilizadas en el contexto de la explotación del litio en el Salar de Atacama. La metodología particular para el levantamiento de datos respecto de cada uno de estos mecanismos se describe en sus apartados particulares. Los mecanismos identificados son los siguientes: (4.1) medidas incorporadas en la evaluación ambiental; (4.2) acuerdos privados entre comunidades indígenas y empresas; y (4.3) mecanismos estatales.

3.1. Medidas de participación en los beneficios incorporadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

Aunque es todavía una tendencia incipiente, en los últimos años han existido diversos proyectos que –durante su tramitación en el SEIA y, especialmente, cuando ha habido un Proceso de Consulta con Pueblos Indígenas (PCPI)– han presentado como medidas (ambientales y no ambientales) la participación de las comunidades indígenas en un porcentaje de las utilidades o las ventas de la explotación de recursos naturales. Esto ha ocurrido tanto en industrias de generación de energía, como en mineras. Para el primer caso, vale citar el proyecto “Central Hidroeléctrica Añihuerraqui”, en la Región de La Araucanía. Durante el PCPI desarrollado en la evaluación ambiental del proyecto, el titular presentó como medida de “compensación” un fondo construido en base al 1,5% de las ventas anuales netas que percibiese el proyecto. En la Resolución de Calificación Ambiental, la autoridad ambiental entendió que el fondo era parte de una “medida voluntaria”, por la cual se hacía partícipes a las comunidades “de los beneficios que reporte el proyecto en alusión al Art. 15 punto dos del Convenio OIT N°169”.⁷² En un caso más reciente y vinculado a la explotación del litio, el proyecto “Blanco”, ubicado en el Salar de Maricunga, presentó en el Estudio de Impacto Ambiental un Compromiso Ambiental Voluntario (CAV N°18), relativo a la “Distribución de Beneficios durante la Fase de Operación del Proyecto destinado al desarrollo cultural, social y económico de las Tres Comunidades Colla de la Comuna Diego de Almagro”. El objetivo de esta medida era aportar el 0,3% de las ventas anuales generadas

⁷² Resolución Exenta N°177/2015 de la Comisión de Evaluación de la Región de La Araucanía, 20 de julio de 2015, p. 962.

durante la fase de operación comercial del Proyecto, con un piso establecido de USD \$300.000 anuales. Es interesante notar que este CAV no fue parte del PCPI desarrollado durante la evaluación del proyecto, pero sí quedó considerado en la Resolución de Calificación Ambiental.⁷³

En virtud de lo anterior, se efectuó una búsqueda de medidas que incorporaran, de una forma u otra, diversas fórmulas de participación en los beneficios en la evaluación ambiental de proyectos. Para ello, se partió identificando los proyectos vinculados, directa o indirectamente, a la explotación del litio en la Región de Antofagasta, ingresados entre los años 1996 y 2022 por los literales “i” (proyectos de desarrollo minero) y “p” (obras en áreas colocadas bajo protección oficial) del Art. 10 de la Ley 19.300, evaluados ya sea por Declaración de Impacto Ambiental o Evaluación de Impacto Ambiental.⁷⁴ De este primer levantamiento se pudo constatar la existencia de 14 proyectos que cumplían con los criterios ya señalados. Luego, se procedió a un examen acucioso de los expedientes ambientales y de reclamaciones administrativas de los proyectos que formaban parte de la muestra.

3.1.1. Resultados

De la revisión efectuada, solo en uno de los proyectos fue posible encontrar un instrumento que contenía, *lato sensu*, un acuerdo de participación en los beneficios. Se trata del proyecto “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama” (en adelante, Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas), de Albemarle (ex-Rockwood).

El proyecto consistía en el aumento progresivo en la extracción de salmuera natural desde el Salar de Atacama, además de nuevos sistemas de pozas de evaporación solar, pasando de 80.000 metros cúbicos autorizados de producción a 150.000 metros cúbicos. El proyecto ingresó a evaluación ambiental en mayo de 2009, mediante una Evaluación de Impacto Ambiental. No hubo un PCPI ya que, al momento de ingresar a evaluación,

⁷³ Resolución Exenta N°94 de 4 de febrero de 2020, de la Comisión de Evaluación Dirección Ejecutiva, punto 13.15.

⁷⁴ Los proyectos revisados fueron “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama” (Rockwood); “Plan de Reducción de Extracciones en el Salar de Atacama” (SQM); “Planta Cloruro de Litio” (Albemarle); “Aumento de Capacidad y Optimización Producción Planta de Litio Carmen” (SQM); “Planta Carbonato de Litio Mejillones” (Albemarle); “Ampliación de la Planta de Carbonato de Litio a 180.000 ton/año” (SQM); “Ampliación Planta La Negra - Fase 3” (Albemarle); “Ampliación Faena Salar del Carmen” (SQM); “Ampliación Planta de Carbonato de Litio - La Negra” (Albemarle); “Ampliación, Planta de Carbonato de Litio a 48.000 ton/año” (SQM); “Modificación al Proyecto Construcción de Pozas de Evaporación Solar” (Albemarle); “Planta Hidróxido de Litio” (SQM); “Poza Auxiliar de Descarte en la Planta de Carbonato de Litio” (SQM); “Proyecto Carbonatos de Litio” (SQM).

el Convenio N°169 todavía no se encontraba vigente. Vale destacar que, durante el proceso de participación ciudadana, tanto la Comunidad Indígena Atacameña (en adelante, CIA) de Toconao como la CIA de Peine presentaron observaciones, expresando su disconformidad con el proyecto y haciendo alusión al deber de cumplimiento del Convenio N°169, inclusive lo dispuesto en el artículo 15 sobre participación en los beneficios de explotación. En una primera instancia el proyecto fue rechazado⁷⁵ por la Comisión de Evaluación de la Región de Antofagasta (en adelante, COEVA Antofagasta), ante lo cual el titular interpuso el correspondiente recurso de reclamación. De manera previa a que el Comité de Ministros resolviera el recurso, el titular informó de la firma de un “Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo” (Convenio Rockwood-Peine) suscrito con la comunidad de Peine el 8 de noviembre de 2012, adjuntando copia del convenio.⁷⁶ A pesar de rechazar el recurso, el Comité de Ministros acordó retrotraer el proceso de evaluación para los efectos de elaborar un Informe Consolidado de solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones N°4.⁷⁷ El proyecto finalmente recibiría calificación favorable el año 2016.⁷⁸

Hay dos aspectos de este convenio que son relevantes de destacar en el ámbito de la presente investigación. Primero, que, si bien se trata de un mecanismo que contine una cláusula de participación en los beneficios (teóricamente) basada en el Art. 15 N°2 del Convenio N°169, dicho mecanismo tendría una naturaleza “híbrida” o “público-privada”. Esto quiere decir que, aunque se trata de un “acuerdo particular”, se adjuntó a la evaluación del proyecto, esperando –o al menos así es plausible suponer– que tuviese, al mismo tiempo, cierto efecto en la calificación ambiental del mismo. Segundo, que las medidas establecidas en el Convenio Rockwood-Peine –incluida la relativa a la participación en los beneficios– no quedaron finalmente incorporadas en la evaluación ambiental. En efecto, revisada la RCA definitiva del proyecto, puede apreciarse que en ninguna parte se hace referencia a dicho convenio ni a sus medidas.

En lo que respecta a su contenido, el Convenio Rockwood-Peine tiene tres elementos que son relevantes. En primer lugar, expresa en su Cláusula Primera que el proyecto ha tenido “implicancias de diversa índole” en los sistemas de vida y costumbres de la comunidad; no obstante, este no es

⁷⁵ Res. Ex. N°156/2011.

⁷⁶ El convenio se encuentra disponible en el expediente del recurso de reclamación: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientes.php?id_expediente=6224526.

⁷⁷ Res. Ex. 413/2013.

⁷⁸ Res. Ex. 21/2016.

un impacto reconocido en la evaluación del proyecto, ni se proporciona más detalle sobre dichas “implicancias”. En segundo lugar, la Cláusula Sexta, haciendo referencia al Art. 8(j) de la Convención sobre la Biodiversidad y el Art. 15 N°2 del Convenio N°169, establece que la comunidad debe participar siempre que sea posible en los beneficios que produzcan los proyectos de inversión de la empresa que utilicen, de algún modo, los conocimientos tradicionales y los recursos naturales existentes en el espacio territorial que la comunidad ocupa o que ha ocupado (Cláusula Seis.Uno). Asimismo, dispone que la empresa contribuirá anualmente, a título de “participación equitativa”, con un monto de 4 mil UF para la comunidad, el cual se ajustará si aumenta la producción de la empresa y será revisado cada cuatro años por la Mesa de Trabajo Permanente. Un entrevistado/a señaló que, en la actualidad, dicho monto ascendía a \$200.000.000 anuales para la comunidad.⁷⁹ Sobre la utilización de estos fondos, el convenio dispone que deben ser administrados por la comunidad con el fin exclusivo de financiar –total o parcialmente– proyectos que se han priorizado o que se incluyan en el marco del “Plan de Desarrollo de la Comunidad Atacameña de Peine”, elaborado con asesoría de la Universidad de Chile.

El tercer aspecto a relevar, del Convenio Rockwood-Peine, tiene que ver con cuestiones ambientales e hídricas. Así, en la Cláusula Séptima la empresa se compromete a financiar y contratar una auditoría ambiental independiente, a efectos de garantizar la eficacia de las medidas de seguimiento, monitoreo, evaluación y mitigación de los eventuales impactos sociales y ambientales de la compañía. En la Cláusula Octava, en tanto, el convenio dispone la constitución de una organización de aguas subterráneas y de cuenca, conformada por la comunidad, la empresa y las demás comunidades atacameñas del Salar de Atacama y otros titulares de derechos de aprovechamiento de agua, con miras a compartir diagnósticos como organización de usuarios de la cuenca y custodiar el uso del recurso hídrico.

3.2. Acuerdos privados entre empresas y comunidades indígenas

Los acuerdos entre empresas y comunidades indígenas en el contexto de proyectos extractivos, son una práctica común en la gobernanza de los recursos naturales en países como Canadá y Australia.⁸⁰ Asimismo, es posible encontrarlos en instrumentos de la gobernanza transnacional privada como la Guía de Buenas Prácticas Pueblos Indígenas y Minería del Inter-

⁷⁹ Entrevista del 14 de julio de 2023.

⁸⁰ Sobre estos acuerdos ver, en general, Ciaran O’Faircheallaigh, *Negotiations in the Indigenous World. Aboriginal Peoples and the Extractive Industry in Australia and Canada*, New York, Routledge, 2016.

national Council on Mining and Metals (ICMM),⁸¹ y como vemos en el capítulo sobre transparencia empresarial y derechos humanos, en la Initiative for Responsible Mining Assurance. En términos sencillos, en estos “acuerdos negociados” se sigue una lógica contractual. Una comunidad indígena da su apoyo –o, al menos, un compromiso de no oponerse– a un proyecto determinado a desarrollarse en sus territorios tradicionales –estén o no legalmente reconocidos esos espacios ancestrales–. A cambio de este consentimiento, la comunidad tiene la oportunidad de participar en la administración de los impactos sociales, culturales y ambientales de dicho proyecto, así como de obtener una parte de los beneficios que este generará.⁸² Es precisamente por esta última característica que se ha entendido que podrían ser formas de cumplimiento de la norma de participación en los beneficios del Convenio N°169.

En efecto, si bien la obligación de compartir beneficios del Art. 15 N°2 del Convenio N°169 es, como toda obligación de derechos humanos, eminentemente estatal, ello no ha sido impedimento para que en distintas instancias se haya entendido que los acuerdos negociados pueden ser mecanismos para cumplir esta obligación. De hecho, en al menos una oportunidad la propia OIT apuntó en esta línea⁸³ –aun cuando posteriormente retrocedió, reafirmando que garantizar la participación en los beneficios es una obligación estatal–.⁸⁴ Por lo mismo, no es de extrañar que, en la práctica, sea posible encontrar acuerdos que –nominalmente, al menos– se conciben como una aplicación del Art. 15 N°2.

3.2.1. Los acuerdos negociados para compartir beneficios en el Salar de Atacama

En virtud del llamado paradigma de “valores compartidos” descrito en la sección N°2, en los últimos años han ido emergiendo una serie de acuerdos entre organizaciones indígenas y las empresas que explotan el Salar. Teniendo en cuenta el carácter confidencial de estos acuerdos, para su identificación se utilizaron diferentes técnicas de levantamiento de información. Primero, se efectuaron 9 entrevistas semiestructuradas con informantes

⁸¹ ICMM, *Good Practice Guide. Indigenous Peoples and Mining*, Second Edition, 2015, p. 41.

⁸² Steven A. Kennet, *A Guide to Impact and Benefit Agreements*, Canadian Institute of Resources Law, 1999, p. 1.

⁸³ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual*, Lima, OIT, 2003, p. 40.

⁸⁴ Ver Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, 2009, p. 107, (cuando sobre los derechos del Art. 15 N°2 señala que “la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas”).

clave: dos personas vinculadas a una de las empresas que tiene su operación de litio en el Salar; cuatro asesores/as indígenas y no indígenas de comunidades indígenas atacameñas del Salar; y tres personas miembros de comunidades indígenas atacameñas del Salar y/o vinculadas en algún momento al Consejo de Pueblos Atacameños. Segundo, se efectuó una revisión de prensa entre 2018 y junio de 2023.⁸⁵ Tercero, se revisaron las Declaraciones de Impacto Ambiental y las Evaluaciones de Impacto Ambiental de los proyectos vinculados –de manera directa o indirecta– a la explotación del litio, con el foco puesto en identificar en ellos alguna indicación respecto a la existencia de acuerdos negociados entre los titulares de proyectos y las comunidades del Salar.

De la búsqueda efectuada, fue posible constatar que tanto Albemarle como SQM han llegado a esta clase de acuerdos con diversas CIA del Salar. Así, por un lado, además del Convenio Rockwood-Peine (2012) ya revisado en la sección anterior, Albemarle firmó con el CPA y las 18 comunidades indígenas que lo constituyen el “Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo entre Consejo de Pueblos Atacameños, Comunidad Atacameña de Río Grande y otras y Rockwood Litio Ltda.” (2016) (Convenio Albemarle-CPA). Este último acuerdo es, hasta ahora, el más relevante de aquellos suscritos en el contexto de la explotación del litio. A pesar de que su intención era ser confidencial,⁸⁶ está disponible en internet en diversos sitios.⁸⁷ Por otro lado, SQM habría firmado acuerdos con al menos tres de las comunidades más cercanas a su operación en el Salar de Atacama: Comunidad Indígena Atacameña de Camar, la de Ticonao y la Talabre. De estos tres últimos acuerdos, el más conocido es el “Convenio de Debida Diligencia, Cooperación y Sustentabilidad en Beneficio Mutuo para una Nueva Etapa de Relacionamento Comunitario”

⁸⁵ La metodología utilizada para levantar esta información consistió en la revisión de una amplia diversidad de fuentes de noticias digitales, sobre hechos enmarcados en la explotación de litio en el Salar de Atacama y las comunidades atacameñas, durante el período 2018 a junio 2023. Con el objeto de abarcar la mejor y mayor cobertura posible, se revisaron grandes medios noticiosos –El Mercurio, Soy Chile, Cooperativa, Emol, La Tercera, T13, Meganoticias, TVN Noticias, El Mostrador–; medios independientes –El Ciudadano, Radio JGM, Interferencia, El Desconcerto, El Chululo, Agenda Sustentable–; medios locales –El Mercurio de Calama, El Mercurio de Antofagasta–; medios vinculados a la industria –Diario Financiero, Minería Chilena–, y medios internacionales –Agencia EFE, BBC, Reuters–. El levantamiento fue realizado utilizando las herramientas de búsqueda de Google y de cada medio de prensa y palabras claves como “Salar de Atacama”, “Litio”, “Comunidades Indígenas Atacameñas”, “acuerdos”, “Convenios”, etc. La metodología empleada permitió analizar cada tópico noticioso al que se ha hecho referencia, a través de una multiplicidad de fuentes. Una vez realizada la búsqueda y recopilada la información, se procedió a hacer una sistematización de los datos encontrados.

⁸⁶ Entrevista realizada el 18 de julio de 2023.

⁸⁷ Ver, por ejemplo: https://www.mesamultiactor.cl/repositorio/2016_aso_con/.

(Convenio SQM-Camar), suscrito entre la comunidad de Camar y SQM, el 7 de agosto de 2020.

El contexto en que se firmó el Convenio SQM-Camar fue el del recurso de reclamación entablado por el Consejo de pueblos atacameños y las comunidades indígenas atacameñas de Peine y de Camar contra la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, Superintendencia) que aprobó el Programa de cumplimiento y suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio de Soquimich. Al respecto, recordar que la Superintendencia había iniciado el procedimiento sancionatorio contra SQM por constatar 6 infracciones –una gravísima, tres graves y dos leves– en relación con medidas establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental respectiva sobre la extracción de salmuera y de agua dulce en ciertos sectores del Salar.⁸⁸ A raíz de la dictación de esta resolución, SQM presentó un Programa de cumplimiento, el cual, después de una serie de observaciones, fue aprobado.⁸⁹ Contra esta resolución fue que las organizaciones indígenas incoaron la referida reclamación ante el Primer Tribunal Ambiental solicitando, entre otras cosas, la invalidación de la misma y la realización de un Proceso de consulta a pueblos indígenas por parte de la Superintendencia. El tribunal, aunque rechazó la procedencia de la consulta, acogió la reclamación en lo concerniente a dejar sin efecto la resolución, por quebrantar el Programa de Cumplimiento aprobado de los requisitos de integridad y eficacia.⁹⁰ Pues bien, durante la tramitación de los recursos de casación de la empresa y la Superintendencia ante la Corte Suprema, la comunidad de Camar solicita que se la deje de considerar parte en el juicio, por cuanto había firmado el acuerdo con SQM, el que tendría la naturaleza de transacción extrajudicial.⁹¹ Dado que la comunidad decidió mantener el acuerdo como confidencial, no es posible acceder a los términos del mismo. No obstante, el propio escrito ingresado por la CIA de Camar da cuenta de que dicho convenio abarcaría “el cierre del Pozo Camar 2, la protección de los sistemas hídricos y la creación de una Mesa Ambiental que dan garantía material a la protección del territorio y la reparación de los hechos que sustentaron las denuncias de la Comunidad”. De igual forma, fuentes de prensa puntualizan que el acuerdo involucraría un traspaso

⁸⁸ Res. Ex. N°1/F-041-2016, rectificada por la Res. Ex. N°4/F-041-2016.

⁸⁹ Res. Ex. N°24/Rol F-041-2016 de 7 de enero de 2019.

⁹⁰ Primer Tribunal Ambiental, Rol N° R-17-2019, 26 de noviembre de 2019.

⁹¹ Al fin, tanto la empresa como la SMA desistieron de sus recursos de casación, por lo que el fallo quedó firme y ejecutoriado. Ver Aylwin y otros, op. cit., pp. 83 y 84.

de fondos de SQM a la comunidad por \$1.700 millones de pesos por diez años –aunque no se detalla si es un monto total o anual–.⁹²

Tal como se ha indicado, en términos de alcance y contenido, el Convenio Albemarle-CPA, de 2016, quizás sea el más relevante. Además, a diferencia del resto de los acuerdos, este convenio está disponible electrónicamente.

Por lo señalado, concentraremos el análisis en el Convenio Albemarle-CPA, que fue firmado por el Consejo de Pueblos Atacameños y sus 18 comunidades constitutivas, el 21 de febrero de 2016. Su vigencia se extiende a cuanto duren las operaciones de la empresa en el Salar de Atacama y hasta el cierre de las mismas (11.1). En este acuerdo se estipulan distintos tipos de cláusulas, las que se revisarán someramente a continuación.

La primera que vale destacar por tener un carácter más “contractual” y detallado, es la dimensión monetaria. En concreto, haciendo referencia explícita al Art. 15 N°2, en su cláusula sexta el acuerdo establece un “Fondo para el desarrollo de las comunidades y del Consejo”. En lo esencial, durante 2016, la empresa se compromete a entregar al Consejo y a las Comunidades que lo integran un aporte de \$70.000.000 para cada uno (6.6). Desde esa fecha, la transferencia de recursos dependía de la calificación ambiental del proyecto “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas”, que se estaba tramitando en paralelo. Si la RCA era desfavorable, desde 2017 en adelante el aporte total anual de la empresa al Consejo y a las comunidades sería de 51.894 UF (6.7). En caso de que la RCA fuese favorable –como en definitiva lo fue–, desde 2017 el aporte sería de 2,75% de las ventas anuales de carbonato de calcio y cloruro de potasio producidos en base a la extracción de salmuera de la Planta Salar de la empresa; del año 2018 en adelante, el aporte sería del 3% de las ventas anuales (6.8). El convenio señala que la forma de distribución de los montos entre el Consejo y las comunidades será según la forma que estos últimos acuerden en un plazo máximo de 6 meses (6.9). Adicionalmente, el convenio considera la transferencia de un 0,5% de las ventas anuales al CPA para el financiamiento de estudios, planes y proyectos de emprendimiento indígena (7.13), así como montos anuales para becas (6.22) y financiar proyectos de asociaciones de regantes (6.23).

En materia ambiental, se deja constancia de ciertos compromisos asumidos por Albemarle en la tramitación ambiental del proyecto “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas”, relativos a un monitoreo ambiental. (7.2). Junto a ello, las partes señalan “tener presente”: (i) el es-

⁹² Latercera.com: “\$1.700 millones por la paz en el Salar de Atacama: SQM llega a acuerdo con comunidad indígena en proceso por uso de aguas”, 21 de agosto de 2020.

pacio territorial ocupado por las comunidades indígenas del Consejo de Pueblos Atacameños; (ii) la fragilidad de los ecosistemas asociados al área de desarrollo indígena Atacama la Grande; (iii) el interés de resguardar el recurso hídrico por parte de las comunidades; (iv) el valor espiritual y cultural que significa para la cosmovisión del pueblo licanantay el espacio territorial comprendido en el ADI Atacama la Grande; (v) las iniciativas económicas que se desarrollan en la misma ADI Atacama la Grande (7.3).

Finalmente, es preciso relevar que el acuerdo contiene cláusulas relativas a la solución de controversias. Así, se plantean ciertos procedimientos en caso de surgir diferencias entre las partes en la aplicación del convenio –o cualquier otro motivo, para el caso del arbitraje–. En este ámbito, es importante subrayar la existencia de una cláusula tendiente a dotar de “estabilidad y certeza” al desarrollo de la operación de la empresa en el Salar. Al respecto, se indica que ambas partes tendrán la facultad de dar término inmediato y sin derecho a indemnización al presente convenio, en el caso que la otra realice alguno de los siguientes eventos: “(i) Actuar de mala fe o en contra de lo convenido, desconociendo o buscando renegociar lo pactado (...) (ii) Realizar cualesquiera vías de hecho o acudir a tribunales de justicia o instancias administrativas, sin haber agotado los mecanismos de solución de controversias contemplados en esta cláusula” (12.7).

3.3. Mecanismo de distribución de beneficios Corfo-SQM

Una última forma de participación en los beneficios que puede identificarse en el marco de la explotación del litio en el Salar, es aquella diseñada por Corfo para distribuir aportes provenientes de la operación de SQM.

En las conclusiones de su informe del año 2015, la Comisión Nacional del Litio observaba “la necesidad de un cambio paradigmático en la relación entre proyecto productivo y comunidades”.⁹³ Ello, señalaba, suponía “hacerse cargo del derecho de las comunidades a percibir beneficios tanto por el uso de los bienes públicos –como es el caso del territorio y de los recursos hídricos– como de que sean mitigadas y compensadas adecuadamente las externalidades negativas que pueden generar los proyectos”.⁹⁴ En razón de lo anterior, entendía que era necesario incorporar el concepto de “valor compartido” como forma de relacionarse con el territorio. Más concretamente, en el Anexo V del mismo informe, la comisión indicaba que “deberá considerarse que una parte de las rentas capturadas debiera

⁹³ Informe CNL, p. 33.

⁹⁴ *Ibíd.*

ser traspasada localmente con el propósito de que las comunidades locales puedan definir los proyectos de inversión según sus prioridades”.⁹⁵

Tal como ya se señaló en la sección N°2, durante el segundo gobierno de la presidenta Bachelet se realizó la negociación de un nuevo contrato entre Corfo y SQM, cuyas condiciones serían finalmente determinadas por una conciliación efectuada en un procedimiento de arbitraje en enero de 2018.⁹⁶ Uno de los puntos relevantes de este acuerdo era que incorporaba un monto para proyectos de inversión y fomento que promoviesen el desarrollo sustentable de las comunidades de la cuenca del Salar. En efecto, recogiendo expresamente las conclusiones del Informe final de la CNL, la Cláusula Décimo Sexta del contrato para proyecto en el Salar de Atacama, denominada justamente “Comunidades y Desarrollo Regional”, señalaba:

Dieciséis. Uno. A partir de la fecha de Inicio, la Sociedad se compromete a aportar de manera anual, respecto de las ventas de la Sociedad del año calendario anterior, las siguientes cantidades a comunidades de la cuenca del Salar de Atacama y al desarrollo regional, a partir de las ventas de productos elaborados a partir de la salmuera de las Pertenencias, según se indica a continuación: (...) (d) Entre diez millones de Dólares y quince millones de Dólares para proyectos de inversión y fomento que promuevan el desarrollo sustentable de las comunidades de la cuenca del Salar de Atacama y que se encuentren debidamente inscritas en la CONADI.

Asimismo, en su sección “Dieciséis.Tres”, esta cláusula disponía que el Consejo de Corfo tenía que determinar cuáles eran las organizaciones que recibirían estos aportes, las que deberían suscribir un contrato con esta corporación en el que se establecerían fines y metas, así como objetivos y requisitos de evaluación de desempeño. En cumplimiento de esta cláusula, el 15 de junio de 2020, en su sesión N° 496, el Consejo de Corfo determina mediante acuerdo N° 3.083 como organismos elegibles para recibir estos aportes a 21 Comunidades Indígenas Atacameñas (CIA) de la Cuenca del Salar de Atacama.⁹⁷ Al año siguiente (por Res. Ex. N° 517 de 20 de mayo de

⁹⁵ Id., 92.

⁹⁶ Juicio Arbitral Rol N°1954-2014, tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

⁹⁷ CI Atacameña de Catarpe; CI de Ayllu de Cucuter; CI Atacameña de Guatin; CI Atacameña de Coyo; CI Atacameña de Larache; CI Lickanantay de Camar; CI Atacameña de Río Grande; CI Atacameña de Quito; CI Atacameña de Peine; CI Atacameña de Sequitor y Checar; CI Atacameña de San Pedro de Atacama; CI Atacameña de Machuca; CI Atacameña de Socaire; CI Atacameña de Toconao; CI Atacameña de Solor; CI Atacameña de Solcor; CI Atacameña de Yaye; CI Atacameña

2021), Corfo aprueba la fórmula que se utilizará para enterar los aportes a estas organizaciones. En concreto, dispone que un 50% del monto relacionado con los aportes será repartido en forma igualitaria entre los 21 organismos elegibles (Considerando N°12). Del 50% restante, el 40% deberán ser entregados en consideración al número de socios de cada organismo elegible; y el 10%, en atención a la distancia en kilómetros que existe desde la ubicación de cada comunidad respecto de la oficina de la gerencia de operaciones de SQM Salar S.S, en el Salar de Atacama (Considerando N°13).

Un punto importante a destacar es que Corfo, en la mentada resolución, proporciona una serie de justificaciones para los dos últimos factores indicados arriba y su ponderación. Así, el criterio relativo al “número de socios”, se determinó “con el objetivo de propiciar condiciones que permitan el mejoramiento proporcional y equitativo de la calidad de vida de cada miembro de los Organismos Elegibles” (Considerando N°14). En lo concerniente al criterio y la ponderación del criterio asociado a “distancia”, Corfo indica que dicha inclusión respondía a la finalidad de “establecer una diferenciación gradual entre aquellos Organismos Elegibles que conviven de formas más directa con las actividades de operación (...) respecto de aquellos que se relacionan de forma más distante o remota, pero siempre procurando que dicho criterio no produzca, por sí mismo, un desequilibrio en la distribución de los aportes” (Considerando N°15).

Una vez definida la fórmula, se procedió a determinar el Aporte Inicial Acumulado (AIA) para cada comunidad, calculado en base a la venta de carbonato de litio elaborado a partir de la salmuera durante los años 2018, 2019 y 2020. Para recibir estos aportes cada comunidad elegible debía suscribir un “Acuerdo con Corfo” antes del 31 de diciembre de 2021. En caso contrario, el Consejo de Corfo debía determinar el destino de esos recursos.

Con todo, a finales de 2021, una de las comunidades del Salar, la CIA de Camar, interpuso un recurso de protección contra la ya identificada Res. Ex. N° 517 de Corfo, por no haber sido consultada. Si bien este recurso fue rechazado en primera instancia,⁹⁸ la Corte Suprema revocó dicha sentencia. En concreto, acogió la acción, pero solo en cuanto se dispone que la recurrida deberá iniciar un proceso de Consulta Indígena con las

de Talabre; CI Atacameña de la Punta de Tocol, Alis, Celeste y Puques; CI Atacameña de Agricultores y Regantes del Río Vilama; y CI Atacameña de Tulor y Beter.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°11.845-2021, *Comunidad Indígena Atacameña de Camar/Corporación de Fomento de la Producción Acumulada*, 26 de enero de 2022.

personas y comunidades indígenas que se encuentren en el área de influencia del proyecto impugnado, para los procesos de asignación de recursos.⁹⁹

De acuerdo a lo informado por Corfo a la Cámara de Diputados y Diputadas,¹⁰⁰ SQM Salar S.A. reporta un Aporte Inicial Acumulado para las comunidades de US\$35,6 millones de dólares americanos por concepto de ventas de carbonato de litio, entre los años 2018 a 2020, inclusive. Los Aportes correspondientes a las ventas de carbonato de litio de los años 2021 y siguientes, podrán ser entregados solo una vez que Corfo realice el proceso de Consulta Indígena ordenado por la Corte Suprema. En la Tabla N°1 se detalla el AIA correspondiente a cada una las 19 comunidades, acumulado entre los años 2018 y 2020.

Tabla N°2: Transferencia de AIA a las Comunidades, elaborada a partir de la información contenida en el Oficio N°288 de Corfo, de fecha 04 de agosto de 2023.

Comunidad	AIA (US\$)
Catarpe	1.298.297
Agricultores y Regantes del Río Vilama	1.052.233
Solcor	1.203.456
Solcor	1.267.858
Tulor y Beter	1.145.536
Yaye	1.132.537
Guatín	1.212.240
Río Grande	1.667.464
Cúcuter	1.260.612
Puna de Tocol, Alis, Celeste y Puques	1.121.633
San Pedro de Atacama	3.129.136
Socaire	2.037.016
Peine	2.289.607
Toconao	5.055.445
Talabre	1.251.874
Laracha	1.294.638

⁹⁹ Corte Suprema, Rol N°4.838-2022, *Comunidad Indígena Atacameña de Camar/Corporación de Fomento de la Producción Acumulada*, 26 de agosto de 2022, considerando 9° y siguiente.

¹⁰⁰ Corfo, Oficio N°288 de 4 de agosto de 2023.

Comunidad	AIA (US\$)
Coyo	1.845.332
Sequitoy y Checar	1.138.327
Quitor	1.467.607
Machuca	1.331.721
Camar	1.460.963
Totales	34.663.441

4. ANÁLISIS: ¿BENEFICIOS COMPARTIDOS EN EL SALAR DE ATACAMA?

En base a la configuración del estándar de participación en los beneficios (ver sección 3) y de la información sobre los mecanismos de participación en los beneficios (ver sección 4), en este apartado se efectuará un análisis para determinar el grado de cumplimiento de este derecho en el Salar de Atacama en relación con la industria de explotación del litio. Por la forma descentralizada en que han aparecido, la evaluación de los mecanismos de compartir beneficios se concentrará en el cumplimiento de tres elementos del derecho, a saber: (5.1) de un enfoque que considere su doble dimensión; (5.2) de sus objetivos; y (5.3) de la participación indígena en el diseño y operación de los mecanismos.

4.1. Territorialidad y afectación: la necesidad de una aproximación en dos niveles

Según se ha explicado (ver sección 3), la doble finalidad de la participación en los beneficios requiere la existencia de mecanismos que funcionen complementariamente a un nivel general y a uno particular.

Al respecto, comencemos revisando la práctica descentralizada de acuerdos entre empresas y comunidades indígenas con cláusulas de reparto de beneficios. A primera vista, la lógica de estos convenios pareciera responder más a una dimensión particular: los acuerdos o se firman directamente con una asociación de comunidades –Convenio Albemarle-CPA–, o con comunidades indígenas específicas –por ejemplo, el Convenio Rockwood-Peine (2012) o el Convenio SQM-Camar (2020)–. Se trata, en todos los casos, de organizaciones indígenas del Salar de Atacama, que es donde se realiza la extracción de salmuera. No obstante, hay diferencias

importantes en las lógicas de distribución de recursos que animan a ambos tipos de convenios.

En el caso del Convenio Albemarle-CPA, y según información recabada de las entrevistas, luego de varias sesiones de discusión, las propias comunidades integrantes del CPA acordaron que el 3% de las ventas anuales de los productos elaborados en base a la extracción de salmuera se repartieran en partes iguales entre las 18 comunidades indígenas. La idea detrás de esta decisión la explicó con claridad uno de los entrevistados:

la afectación no es a un grupo de humanos específicos, sino que a un pueblo entero, porque se entiende que el Salar de Atacama es patrimonio de todo el pueblo atacameño que habitó o habita Atacama la Grande (...), lo lógico es que los daños se expresen respecto de toda la cuenca del salar y todo eso está dado por a lo menos 18 comunidades, de Río grande hasta Peine (...) la afectación no es tan sólo física y material respecto de una comunidad, sino de un pueblo completo, dado que comparten patrones culturales idénticos y la mayoría son familiares o hayan tenido familiares, te das cuenta que existe una implicación respecto de cada uno de los atacameños.¹⁰¹

Esta lógica más territorial se enmarca en la dimensión general del derecho a participar en los beneficios, de acuerdo a la cual, como ya fue explicado, los beneficios no se comparten por las comunidades en razón de su afectación, sino por pertenecer a un pueblo indígena determinado, el que es titular del derecho al desarrollo y, por consiguiente, a recibir parte de los beneficios de los proyectos de explotación que se desarrollan en su territorio.

Pero, al mismo tiempo, cabe recordar que este derecho también tiene una dimensión particular, que se justifica en el hecho que el reparto de beneficios, además, tiene por objeto asegurar que la restricción de derechos indígenas sea proporcional, es decir, que los costos y beneficios de un proyecto sean distribuidos equitativamente. Esta lógica supone, obviamente, que quienes incurran en mayores costos, reciban mayor cantidad de beneficios. En el caso bajo examen, es importante notar que existen cinco comunidades del sur del Salar que son las que se ven más directamente impactadas por las operaciones de extracción de salmuera. Estas son las comunidades indígenas atacameñas de Toconao, Talabre, Camar, Peine y Socaire. Como fue notado en entrevistas con dirigente/s y asesores/as de comunidades del Salar, estas comunidades no solo son las que reciben más

¹⁰¹ Entrevista realizada el 18 de julio de 2023.

directamente los impactos de la industria extractiva, sino que, además, y por esta misma cercanía, son las que deben destinar una mayor cantidad de recursos en lidiar con dichos impactos; por ejemplo, invirtiendo en monitoreo ambiental. En este sentido, parece ser indudable que un reparto exclusivamente igualitario genera un desequilibrio entre estas cinco comunidades y las restantes que integran el CPA. En síntesis, se podría concluir que la lógica a la que responde el Convenio Albemarle-CPA es unidimensional; en otras palabras, que no se hace cargo de la dimensión particular de la implementación del derecho.

En lo que se refiere a los convenios que son efectuados entre empresas y comunidades particulares, como el SQM-Camar, es posible llegar a una conclusión similar. Estos acuerdos siguen, evidentemente, un esquema “proyecto-a-proyecto”. Acá, los beneficiarios y los beneficios se estiman en base a proyectos determinados y su afectación a comunidades acotadas. Por lo mismo, aun cuando estos mecanismos particulares pueden mejorar la distribución de cargas y beneficios de los proyectos, no permiten que el pueblo en su conjunto se beneficie del desarrollo llevado a cabo en sus territorios. Es decir, no se logra la mejora en las condiciones de vida de todas las comunidades y miembros de un pueblo, sino solo de aquellas/os que aleatoriamente se encuentran más cercanos a los proyectos extractivos.

En este orden de ideas, y aunque adolezca de otras falencias en términos de estándar –en concreto, la falta de participación indígena en su diseño e implementación (ver sección 5.3)–, el mecanismo Corfo-SQM parece apuntar en la dirección correcta. Recuérdese que, en este caso, la distribución sigue tanto una lógica general como una particular. Por una parte, un 50% del monto relacionado con los aportes es repartido en forma igualitaria entre los 21 organismos elegibles. Por otra, del 50% restante, el 40% son entregados en consideración al número de socios de cada organismo elegible y el 10% en atención a la distancia en kilómetros que existe desde la ubicación de cada comunidad respecto de la oficina de la gerencia de operaciones de SQM Salar S.S.

Con todo, a pesar de que una distribución en base al número de socios es plausible¹⁰² y se alinea con el objetivo de mejora de la calidad de vida de las comunidades, repartir el 40% de los aportes en consideración a este criterio, frente al 10% que se le aplica a la cercanía, no parece proporcional. En este sentido, todavía existiría un desequilibrio entre las comunidades

¹⁰² Considérese el siguiente dato: de acuerdo a información de CONADI al año 2021, la CAI de Camar tenía 71 socios, mientras que la CAI de Toconao tenía 692.

que deben soportar más cotidianamente los efectos adversos de las operaciones y aquellas que no los experimentan de una manera tan directa.

4.2. Desarrollo y proporcionalidad: los objetivos de la participación en los beneficios

Las dos finalidades del derecho a participar en los beneficios, se ha dicho ya, es que los pueblos indígenas se beneficien del desarrollo llevado a cabo en sus territorios, mejorando sus condiciones de vida; y que la restricción de derechos colectivos indígenas a causa de la explotación de recursos naturales sea proporcional –es decir, que exista una distribución equitativa en los costos y beneficios de un proyecto–. En este apartado, entonces, se revisará la aptitud que tienen los mecanismos de reparto de beneficios para el cumplimiento de estos objetivos en el Salar.

Antes de comenzar, cabe hacer una prevención. De ninguna forma la finalidad del presente análisis es efectuar un estudio empírico y pormenorizado sobre los efectos que han tenido estos mecanismos de reparto de beneficios. Aquello no solo escapa ostensiblemente de las posibilidades y objetivos de este trabajo, sino que incluso en otras circunstancias sería tremendamente complejo de llevar a cabo, tanto por el limitado lapso de años desde la implementación de estos mecanismos, como por el carácter confidencial de muchos de ellos. Por lo mismo, se trata de un análisis más bien estimativo, relativo a las posibilidades y desafíos teórico-prácticos que presentan estos mecanismos para cumplir los objetivos del derecho, y centrado solo en los acuerdos entre empresas y comunidades, toda vez que el mecanismo Corfo-SQM recién está empezando a implementarse.

4.2.1. Mejoramiento de condiciones de vida en el Salar

Tal como se señaló, no es posible indicar con certeza los efectos que han tenido estos mecanismos de reparto de beneficios en el mejoramiento de condiciones de vida de las comunidades del Salar. No obstante, las entrevistas realizadas para el presente capítulo en conjunto con la revisión de prensa, dan cuenta de que existiría una apreciación favorable respecto a las mejoras que han significado para las condiciones de vida de las comunidades del Salar, en distintos tipos de proyectos. Por ejemplo, en el año 2022 la CI Atacameña de Camar inauguró su primera planta de agua potable.¹⁰³ Toconao, por su parte, está *ad-portas* de inaugurar un hotel 4 estrellas.¹⁰⁴ Asimismo, se pudo saber –por medio de entrevistas– que las transferencias de recursos a partir del Convenio de Albemarle permitieron

¹⁰³ Mineríachilena.cl: “Con apoyo de SQM: Comunidad Indígena Atacameña de Camar inaugura su primera planta de agua potable”, 27 de julio de 2022.

¹⁰⁴ Entrevista realizada el 7 de agosto de 2023.

a las comunidades indígenas hacer frente a la pandemia de manera autónoma. Entre otras cosas: las comunidades no despidieron a la gente con la que trabajaban (guías, choferes, etc.), sino que reconvirtieron sus labores para controlar el ingreso a los pueblos; contrataron sus propios doctores; se entregaron cajas con víveres comprados a los propios almacenes de los pueblos, etc.¹⁰⁵ Ahora bien, es importante notar que, como señala Poveda,

una vez satisfechas las brechas de infraestructura, en el mediano y largo plazo debería existir una planificación adecuada que les permita a las comunidades desarrollar capacidades productivas, emprendimientos con una visión de sostenibilidad esta vez desde la responsabilidad propia de utilizar sus ingresos de forma sustentable, pensando en una independencia económica local de la actividad extractiva.¹⁰⁶

Asimismo, hay dos puntos a los que poner atención en esta área. El primero, tiene que ver con el hecho que muchos de los proyectos financiados surgen como respuesta a una ausencia del Estado en estos territorios. El segundo, es que no siempre están del todo claros los mecanismos de gobernanza interna que existirían para cautelar el buen uso de los recursos transferidos. Por ejemplo, si bien el Convenio Albemarle-CPA establece la necesidad de auditorías externas respecto a la administración de los fondos (Cláusula 6.16), lo cierto es que el mismo acuerdo da cuenta de la necesidad de instaurar a futuro una gobernanza para el manejo de los recursos (Cláusula 6.25). Con respecto de los otros convenios, dada su confidencialidad, no es posible hacer una evaluación de los mismos.

4.2.2. Proporcionalidad en la distribución de cargas y beneficios: las tensiones y oportunidades con la protección ambiental del territorio

Tal como se explicó en el apartado 3.3.2, asegurar que exista una relación equilibrada o proporcional entre los impactos negativos que sufren las comunidades del territorio donde se emplaza el proyecto y el beneficio que dicho proyecto genera para la población general (indígena o no indígena), requiere de una evaluación de impactos –ambientales, sociales, culturales, etc.-. Teniendo este elemento en consideración, es posible establecer que los mecanismos de distribución de beneficios presentes en el proyecto Salar pueden ser categorizados como ambivalentes, dado que, así como generan ciertas tensiones de cara al cumplimiento de este objetivo, producen también oportunidades de protección ambiental.

¹⁰⁵ Entrevista realizada el 7 de agosto de 2023.

¹⁰⁶ Poveda, op. cit., p. 74.

Una primera cuestión que cabe relevar, en estas relaciones, es que no existe claridad acerca de cómo el SEIA debiese “procesar” un acuerdo de este tipo cuando este es incorporado a la tramitación del proyecto. En el Salar, ello puede apreciarse en el Convenio Rockwood-Peine acompañado en el proyecto de “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama”. Acá, recuérdese, mientras el Comité de Ministros estaba conociendo un recurso de reclamación ambiental contra la RCA del proyecto, la empresa ingresó el acuerdo suscrito con la comunidad indígena atacameña de Peine. El Comité de Ministros no tomó en cuenta dicho acuerdo, rechazó el recurso y ordenó retrotraer la evaluación del proyecto hasta el ICSARA N°4. Analizando este caso, en el *Informe 2014* se indicaba que, si bien a la autoridad responsable no le corresponde aprobar un proyecto solo en base a un acuerdo entre comunidad y empresa, de todas formas debía “respetar el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas propietarios de territorios, en aras del bien común y de los derechos humanos en general, tomando en consideración tales acuerdos al tomar decisiones de largo plazo”.¹⁰⁷ Aunque esta declaración apunte en la dirección correcta, sigue sin estar claro qué implicaría que la autoridad “tome en consideración” dichos acuerdos. A nivel normativo, si estos acuerdos involucran medidas de mitigación o reparación, la ley es taxativa en señalar que “éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad” (Art. 13 bis, Ley 19.300). El Convenio Rockwood-Peine –como se revisó ya– no contenía este tipo de medidas, sino compromisos más bien genéricos sobre materia ambiental e hídrica. Empero, eso no quiere decir que su contenido, una vez incorporado al expediente ambiental, no pueda tener un rol en la evaluación ambiental. La pregunta es, de nuevo, ¿Qué rol debiera jugar?

Otra dificultad la podemos apreciar cuando se negocian y firman estos acuerdos de manera paralela a la evaluación ambiental, pero sin incorporarse formalmente a la evaluación. Estas situaciones pueden suscitar una serie de efectos adversos para la evaluación de los impactos del proyecto. Por ejemplo, al existir un acuerdo con la comunidad indígena afectada, el titular puede poner poca atención a los impactos que se identifiquen a través de la evaluación. Las autoridades ambientales, por su parte, se podrían ver influenciadas a aprobar la operación al valorar más el consentimiento que los impactos. Asimismo, es probable que la comunidad indígena no participe de manera significativa en la evaluación o, incluso, que apoye

¹⁰⁷ *Informe 2014*, p. 236.

activamente la aprobación del proyecto.¹⁰⁸ Visto lo anterior, cabe revisar las situaciones de los dos convenios más conocidos –al menos en términos de notoriedad pública–, para examinar las posibles tensiones que se generarían en este sentido.

Partamos por el más reciente, el Convenio SQM-Camar. Este acuerdo fue firmado en agosto de 2020, comprometiéndose a entregar a dicha comunidad la suma de \$1.700 millones de pesos por diez años (reiteramos que no se conoce si esa suma es total o anual por diez años). A comienzos de 2022, SQM ingresa al SEIA su proyecto “Plan de Reducción de Extracciones en el Salar de Atacama”. Este corresponde a una modificación de su proyecto existente y es un compromiso en el Programa de cumplimiento propuesto en el procedimiento sancionatorio F-041-2016 de la Superintendencia. Acá, el titular identifica como única comunidad impactada significativamente a la CI Atacameña de Camar. En consecuencia, el Servicio de Evaluación Ambiental abre un Proceso de Consulta con Pueblos Indígenas solo con esta comunidad. Visto lo anterior, considerando que los beneficios económicos que recibe la comunidad se vincularían a la continuidad de la operación minera de SQM –operación que requeriría de la aprobación del proyecto presentado a evaluación– podría plantearse, a primera vista, que la participación “libre” de la comunidad en el PCPI se vería, de alguna forma, tensionada por la existencia del acuerdo previo. Con todo, esta conclusión tendría que ser matizada por el hecho –levantado de entrevistas¹⁰⁹ y concordante con su temporalidad–, que el Convenio SQM-Camar, y los recursos que de él se derivan, no está condicionado de ninguna forma a la aprobación de ese proyecto en específico. Se conciben, más bien como formas de reparación por los impactos de la operación de SQM y en el marco de un nuevo tipo de relacionamiento. Por último, es preciso señalar que, de acuerdo a lo informado por dos personas entrevistadas, el acuerdo no contendría cláusula de renuncia de derechos a reclamar en tribunales, sino solo relativas a un agotamiento previo de las instancias internas de resolución de controversias.

El Convenio Albemarle-CPA es un poco más complejo. Este acuerdo se gestó durante la evaluación del proyecto de “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas”. Debe recordarse que la RCA de este proyecto es de fecha 20 de enero de 2016. El acuerdo, en tanto, se firmó entre la empresa, el Consejo de Pueblos Atacameños y sus 18 comunidades constituyentes, un mes después, el 21 de febrero de 2016. Esta sola proxi-

¹⁰⁸ Ginger Gibson y Ciaran O’Faircheallaigh, *IBA Community Toolkit. Negotiation and Implementation of Impact and Benefit Agreements*, The Gordon Foundation, 2015, p. 47.

¹⁰⁹ Entrevista realizada el 19 de julio de 2023.

midad en las fechas daría cuenta que la negociación inevitablemente se dio de manera paralela a la evaluación del proyecto; información que ha sido corroborada a través de entrevistas. Pues bien, en este caso hay una serie de circunstancias y elementos que hacen plantearse al menos la interrogante de hasta qué punto puede haber influido este convenio en las actitudes de algunos de los actores –empresa, comunidades indígenas, autoridades ambientales– en la evaluación ambiental del proyecto.

De partida, aunque el convenio no condicionaba la entrega de montos a la aprobación del proyecto, sí hacía una distinción en relación a la cantidad de los montos que se transferirían. En caso de una RCA desfavorable, la contribución anual sería de alrededor de US\$2.000.000.¹¹⁰ Si se aprobaba, en cambio, eran del 2,5% a 3% de las ventas anuales. Aunque no hay datos públicos de los montos involucrados, según registros de prensa esto equivaldría a aproximadamente US\$ 10.000.000 de aporte anual.¹¹¹ Como se puede observar, las sumas de contribución eran ostensiblemente mayores de aprobarse el proyecto. Esto suponía, entonces, un cierto incentivo de apoyo al proyecto por parte de las comunidades. Dicho apoyo se habría materializado, de acuerdo a información levantada en diversas entrevistas, en que el entonces presidente del CPA concurrió a la sesión de la COEVA Antofagasta en que se calificaba el proyecto, a prestar su apoyo al mismo. Esto, por cierto, no es objetable en sí mismo, pero sí se ha de reconocer que puede producir dificultades para una adecuada evaluación ambiental, según se explicaba anteriormente. Con todo, al ponderar dichas dificultades debe tenerse en cuenta que este acuerdo no contiene una cláusula de renuncia de derechos por parte de la comunidad, sino solo un compromiso de canalizar sus reclamos a través de los mecanismos de solución de controversias estipulados en este instrumento.

Se ha visto, entonces, que los acuerdos empresas-comunidades indígenas con cláusulas de distribución de beneficios producen ciertas tensiones de cara a la evaluación ambiental. No obstante, al mismo tiempo, también generan una serie de oportunidades. De partida, y esto es algo en que coinciden distintos entrevistados/as, permite a las comunidades y organizaciones indígenas contar con mayores recursos para financiar sus propios asesores, y así reducir las asimetrías de poder con las empresas al momento de la evaluación ambiental de proyectos. De acuerdo a lo que

¹¹⁰ Calculado por Ciaran O’Faircheallaigh y Sally Babidge, “Negotiated Agreements, Indigenous Peoples and Extractive Industry in the Salar de Atacama, Chile: When is an agreement more than a contract?”, *Development and Change*, 53(3), 2023, p. 659.

¹¹¹ Diario Financiero: “SQM tiene US\$ 29 millones ‘congelados’ que debe entregar a pueblos atacameños”, 11 de marzo de 2023.

se pudo recabar en entrevistas, en relación al Convenio Albemarle-CPA, cada una de las comunidades da al CPA un 3% de lo que le corresponde para temas ambientales,¹¹² lo que le ha permitido a dicho Consejo tener una unidad de medio ambiente compuesta por más de 20 profesionales. Sobre esta temática, Juan Carlos Cayo, actual consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos –quien fuera asesor del CPA al momento de la negociación con Albemarle–, señaló durante la entrevista que

si uno mira los registros del sistema de evaluación ambiental, no existe ninguna evaluación ambiental positiva posterior al proceso de Albemarle y eso finalmente por las propias consecuencias del convenio, porque entrega la posibilidad de tener fondos específicos no tan solo para que se distribuyan en las Comunidades, sino que también para investigación y desarrollo y sobre todo en el ámbito ambiental.¹¹³

Otras oportunidades, que supone este tipo de acuerdo, tienen que ver con la participación de las comunidades en el diseño de las medidas ambientales de los proyectos que serán sometidos a evaluación. Por ejemplo, el propio proyecto “Plan de Reducción de Extracciones en el Salar de Atacama” de SQM, ya revisado, da cuenta que se establecieron negociaciones con la comunidad indígena de Camar, previo al proceso de evaluación, con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental.

Finalmente, se puede señalar que los aportes de la explotación del litio han generado, incluso, la posibilidad de que las comunidades presenten sus propios proyectos de resguardo ambiental. En efecto, con fondos recibidos del Convenio con Albemarle, el CPA ingresó en enero de 2022 la Declaración de Impacto Ambiental denominada “Habilitación de puntos de monitoreo para variables hídricas”. Este proyecto fue elaborado por la Unidad de Medio Ambiente del CPA y nueve de las comunidades indígenas que lo conforman. Su objetivo es estudiar el agua disponible en la cuenca del Salar de Atacama y la alta cordillera, enfocándose principalmente en el análisis de los efectos del cambio climático en el territorio.

Por lo indicado en esta sección, los acuerdos revisados se presentan como más bien ambivalentes en sus efectos sobre la evaluación ambiental, generando tanto tensiones como oportunidades de cara a la misma. En este

¹¹² Entrevista realizada el 7 de agosto de 2023.

¹¹³ Entrevista a Juan Carlos Cayo, realizada el 18 de julio de 2023.

sentido, el cumplimiento del objetivo de asegurar la proporcionalidad en la restricción de derechos sería más bien parcial.

4.3. Participación en diseño e implementación

El último punto a analizar tiene que ver con la obligación de garantizar la participación en el diseño e implementación de los mecanismos de compartir beneficios. Evidentemente, en este punto los acuerdos empresas-comunidades indígenas cumplirían dicho estándar, al ser negociados por las propias comunidades en virtud de su derecho a la libre determinación. El caso del mecanismo Corfo-SQM es distinto.

La obligación de distribución de beneficios de la operación de SQM entre las comunidades del Salar, recuérdese, quedó estipulada en la modificación del contrato para proyecto, de 2018. Pues bien, debe subrayarse que este contrato, en tanto forma de autorización de la explotación de recursos naturales en territorio indígena, debía ser consultado de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 15 N°2 del Convenio N°169.¹¹⁴ De hecho, así lo demandó el propio CPA, interponiendo un recurso de protección que finalmente sería rechazado por la Corte Suprema.¹¹⁵ Adicionalmente, el diseño y la fórmula para la distribución de los beneficios tampoco contó con la participación de las comunidades indígenas. Como se vio en la sección 4.3, la CIA de Camar recurrió de protección contra Corfo por la falta de consulta en la determinación de la fórmula. La Corte Suprema acogió el recurso, señalando que:

tratándose de decisiones de la Administración, cuyos efectos incumben por su potencial económico, en las posibilidades de desarrollo de las comunidades indígenas asentadas en el área de influencia del proyecto en cuyo contexto se les asignaron los fondos, resulta una conculcación arbitraria e ilegal de su derecho de igualdad ante la ley, al excluirlas del trámite de la consulta en análisis.¹¹⁶

De acuerdo a información recogida por Ley de Transparencia, a la fecha, Corfo no comienza la realización del Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas mandatado por la Corte.¹¹⁷

¹¹⁴ Sobre la procedencia de la consulta previa a la firma de estos contratos, véase Cristóbal Carmona y Judith Schönsteiner, *Amicus Curiae del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en el caso "Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños/Sqm Potasio S.A."*, Centro de Derechos Humanos UDP, 2 de mayo de 2018.

¹¹⁵ Corte Suprema, Rol N° 25.142-2018, *Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con SQM Potasio S.A.*, 22 de abril de 2019.

¹¹⁶ Corte Suprema, Rol N°4.838-2022, *Comunidad Indígena Atacameña de Camar/Corporación de Fomento de la Producción Acumulada*, 26 de agosto de 2022, considerando 9° y siguiente.

¹¹⁷ Información proporcionada por Corfo por Solicitud de Ley de Transparencia N°1-17878403300.

5. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores se ha revisado de manera general y preliminar el grado de cumplimiento del derecho a participar en los beneficios del Art. 15 N°2 del Convenio N°169, en el contexto de la explotación del litio en el Salar de Atacama. Al respecto, cabe constatar que el Estado no ha producido una regulación específica para implementar este derecho. En el Salar, este vacío regulatorio ha propiciado la emergencia de prácticas y esquemas que, de una forma u otra, suponen un reparto de las ventas derivadas de la extracción de salmuera y otros minerales. En concreto, se trata de mecanismos privados y públicos. Por una parte, existen convenios entre empresas y comunidades indígenas ingresados o paralelos a la evaluación ambiental. Por otra, hay un mecanismo de carácter estatal –estipulado en uno de los contratos entre CORFO y SQM modificados el año 2018–, diseñado e implementado desde 2021.

El resultado del examen es más bien complejo. Primero, cabe constatar que existiría un incumplimiento estatal claro al no haber establecido, a más de diez años de la entrada en vigencia del Convenio N°169, una regulación específica de la distribución en los beneficios, no solo para el Salar, sino para todo el territorio nacional. En lo que corresponde a los mecanismos identificados operando en el Salar, hay que precisar que ninguno se acerca de manera cabal a los elementos del estándar del derecho. Los acuerdos empresas-comunidades indígenas, aunque suponen una participación directa de las comunidades en la determinación del mecanismo y la distribución de los fondos, fallan en dar cuenta de la doble dimensión del derecho a participar en los beneficios (la territorial y la cercanía/afectación) y en la distribución de los recursos. Al mismo tiempo, producen ciertas tensiones respecto a la evaluación ambiental de proyectos relacionados, instancia relevante para asegurar que los beneficios se traduzcan en una distribución proporcional de los costos y beneficios que genera un proyecto. El mecanismo CORFO-SQM, en tanto, distribuye los recursos tomando en cuenta consideraciones tanto territoriales como de cercanía / N° de socios, que mandata el estándar. No obstante, tanto en su génesis como en su diseño, tiene serios déficits en lo que se refiere a la participación de las comunidades atacameñas.

Estas son lecciones importantes de cara a la Estrategia Nacional del Litio (ENL). Tal como se constató en la introducción, esta estrategia no contó con la participación de las comunidades indígenas ni considera reformas específicas para la regulación de la participación en los beneficios. Consultados al respecto, la mayoría de los entrevistados enfatizó la necesidad de

integrar, desde el inicio, a las comunidades afectadas en la implementación de esta estrategia –aun cuando también se manifestó cierta aprensión al ingreso del Estado en la materia, dada la mala experiencia que existe con las actividades de Codelco en la zona–. Sea como fuere, independiente de lo que se señale en la ENL, parece evidente que, en el futuro, cualquier diseño respecto a la explotación del litio en el Salar, debiese considerar esquemas o fórmulas para garantizar la participación en los beneficios de las comunidades atacameñas.

RECOMENDACIONES

1. Ante la ausencia de una regulación específica del derecho a participación en los beneficios del Art. 15Nº2 del Convenio 169, el Estado debería establecer un marco regulatorio que permita dar cumplimiento a este derecho en las diversas industrias a las que puede aplicar.
2. Dada la emergencia de los diferentes mecanismos que intentan, nominalmente al menos, implementar el derecho a participar en los beneficios en el Salar, el Estado debiese asegurar que dichos mecanismos no deriven en vulneraciones a los derechos humanos.
3. Frente a la futura ejecución de la ENL, es menester que el Estado asegure el involucramiento y participación a las comunidades indígenas que han sido y serán afectadas por la minería del litio, contemplando, asimismo, formas de reparto de los beneficios que se ajusten al estándar del DIDH.