

LOS IMPACTOS DE LAS EMPRESAS EN LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE



Observatorio Ciudadano



LOS IMPACTOS DE LAS EMPRESAS EN LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE

OBSERVATORIO CIUDADANO

OBSERVATORIO CIUDADANO – IVGIA
2015

LOS IMPACTOS DE LAS EMPRESAS EN LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE

Primera Edición, Temuco 2015

© Observatorio Ciudadano y Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) 2015

ISBN

978-956-9315-01-5

Compilación

José Aylwin

Hernando Silva

Edición

Paulina Acevedo

Foto Portada

Hernando Silva, 2009

Impresión

Imprenta Charly

Antonio Varas 394

Temuco-Chile



OBSERVATORIO CIUDADANO

Antonio Varas 428 - Temuco, Chile

Tel: (+56) 45 213963 - Fax: (+56) 45 218353

E-mail: contacto@observatorio.cl - Web: www.observatorio.cl



GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDIGENAS

Classensgade 11 E, DK 2100 - Copenhagen, Dinamarca

Tel: (+45) 35 27 05 00 - Fax: (+45) 35 27 05 07

E-mail: iwgia@iwgia.org - Web: www.iwgia.org

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	8
I. MARCO DE DERECHOS HUMANOS APLICABLE A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL	10
1. Sistema de Naciones Unidas	10
1.1 Evolución normativa.....	10
1.2 Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos	11
1.3 Las empresas y los derechos humanos de los pueblos indígenas.....	14
2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	16
II. LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE:	
ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO APLICABLE	20
1. Antecedentes sobre el pueblo mapuche.....	20
2. Marco normativo aplicable	23
2.1 Marco normativo referido a pueblos indígenas.....	23
2.1.1 Ley N° 19.253 sobre Protección fomento y desarrollo de los indígenas	23
2.1.2 Ley N° 20.249 (D.O. 18/2/2008) que crea el espacio marino costero de los pueblos originarios.	24
2.1.3 Convenio 169 de la OIT y sus status jurídico	24
2.2. Marco normativo sobre recursos naturales y medio ambiente	25
2.2.1 Legislación sectorial sobre recursos naturales aplicable al pueblo mapuche	26
a. Código de Aguas	26
b. Legislación forestal.....	27
c. Legislación aplicable a la salmonicultura.....	27
2.2.2 Legislación ambiental	28
a. Regulación del derecho a la consulta indígena frente a los proyectos de inversión	28
III. ANALISIS DE CASOS DE AFECTACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE POR LA ACTIVIDAD DE EMPRESAS	30
1. Proyecto central hidroeléctrica Neltume	31
1.1 El proyecto	31
1.2 Comunidades afectadas	32
1.3 Empresa responsable del proyecto	32
1.4 Afectación de derechos.....	33
1.5 Análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado y las empresas.....	34
1.5.1 Obligación del Estado de proteger los derechos humanos	34
1.5.2 Deber de la empresa de respetar los derechos humanos.....	37
1.5.3 Mecanismos para impedir o mitigar violación derechos humanos	37

2. Proyecto ducto de eliminación de residuos industriales de planta de celulosa de la empresa CELCO en la Bahía de Maiquillahue.....	38
2.1 El proyecto	38
2.2 El territorio y las comunidades afectadas.....	40
2.3 La empresa responsable del proyecto	40
2.4 Afectación de derechos generada por el proyecto	41
2.5 Análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado y las empresas.....	43
2.5.1 Obligación del Estado de proteger los derechos humanos	43
2.5.2 Obligación de la empresa de respetar los derechos humanos	45
2.5.3 Mecanismos para impedir o mitigar violación derechos humanos	46
3. Piscicultura Caburga II	47
3.1 El proyecto y las comunidades afectadas	48
3.2 La empresa	50
3.3 Los derechos humanos afectados.....	50
3.4 Incumplimiento de obligaciones por parte del Estado y las empresas.....	52
3.4.1 Incumplimiento del deber del Estado de proteger los derechos humanos	52
3.4.2 Incumplimiento del deber de la empresa de respetar los derechos humanos	52
3.4.3 Mecanismos para impedir o mitigar la violación de derechos humanos.....	53
CONCLUSIONES.....	54
RECOMENDACIONES	56
Al Estado de Chile	57
A las empresas	57
A los Estados en que están domiciliadas las empresas que impulsan actividades en tierras y territorios de los pueblos indígenas	58
A los organismos internacionales de derechos humanos	58
A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	58
Al Sistema de Naciones Unidas.....	58

PRESENTACIÓN

El presente Informe da cuenta de los impactos y amenazas que la actividad empresarial está teniendo en los derechos humanos del pueblo mapuche en Chile. En él se describe primeramente el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario que en materia de empresas y derechos humanos se ha verificado en los últimos años tanto en el marco del Sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Así se analizan las directrices establecidas en los Principios Rectores (PR) sobre las Empresas y los Derechos Humanos adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011, PR que distinguen entre las obligaciones de los estados de proteger los derechos humanos en el contexto de la actividad de las empresas y el deber de las empresas de respetar los derechos humanos en el marco de sus actividades. Los mismos PR establecen además la necesidad de que se garantice a las víctimas de abusos a derechos humanos por parte de las empresas el acceso a mecanismos efectivos para la reparación y mitigación, tanto judiciales como extrajudiciales.

También se analiza la creciente tendencia de los órganos de tratado de la ONU a establecer la obligación extraterritorial de los estados de proteger los derechos humanos de la actividad desarrollada por empresas en terceros países, fuera de los estados en que están domiciliadas. Igualmente se aborda la especial preocupación de diversas instancias de la ONU –entre ellas la Relatoría Especial sobre pueblos indígenas y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos– por establecer estándares referidos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas frente a la actividad de las empresas, en particular aquellas empresas extractivas de recursos naturales que operan en sus tierras y territorios.

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se analiza la rica jurisprudencia emanada en años recientes tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la materia, jurisprudencia a través de la cual han venido estableciendo criterios sobre la responsabilidad de los estados frente a la violación de derechos humanos cometidas en el marco de la actividad empresarial. En particular se analiza la jurisprudencia de estos órganos recaída en casos de violaciones de derechos humanos en el contexto de la actividad de empresas en tierra y territorios de pueblos indígenas, en atención a su situación de particular vulnerabilidad.

Posteriormente se entregan antecedentes históricos y actuales referidos al pueblo mapuche en Chile, el que con una población superior a un millón de personas es el pueblo indígena demográficamente más importante del país. Se da cuenta, además, de cómo sus tierras y territorios de ocupación tradicional, luego de ser reconocidas por la corona española a través de parlamentos, han sido confiscadas por el Estado chileno para ser entregadas a colonos nacionales y extranjeros, y durante el siglo XX divididas o transferidas a terceros no indígenas que hoy mayoritariamente las detentan. También se da cuenta de cómo, no obstante haberse dictado en 1993 una legislación para la protección de los indígenas y de sus tierras, y de haberse ratificado por el Estado chileno el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes el 2008, se ha seguido verificando hasta la fecha un proceso de expansión de inversiones productivas, extractivas y de infraestructura, en las tierras y territorios de este pueblo, sin procesos de consulta adecuados, sin participación de las comunidades afectadas en los beneficios que estas generan, y sin compensación por los daños por estas causados.

Posteriormente se analiza la normativa vigente en Chile referida tanto a los pueblos indígenas y a sus derechos, como a los recursos naturales y al medio ambiente. Se explican los vacíos y limitaciones que esta legislación tiene en relación con los estándares internacionales de derechos humanos referidos en particular a los derechos de pueblos indígenas. De especial relevancia es el análisis de la legislación sectorial referida a la propiedad y uso de los recursos naturales, la que los desvincula de la propiedad de la tierra. Ello determina que recursos naturales como el agua, hayan sido apropiados por terceros no indígenas, principalmente empresas de energía. También se analiza en profundidad la legislación ambiental, y la reglamentación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la que limita de manera grave el derecho de consulta a los pueblos indígenas frente a las medidas administrativas que recaen en proyectos de inversión susceptibles de afectarles directamente.

Finalmente en el Informe se hace un análisis en profundidad de la afectación de los derechos humanos del pueblo mapuche como consecuencia de la actividad de estas empresas. Ello a través de tres casos específicos –el caso del proyecto central hidroeléctrica Neltume impulsado por la empresa trasnacional ENDESA-ENEL en el lago Neltume, en la Región de Los Ríos, en tierras de comunidades mapuche; el caso del proyecto ducto de eliminación de residuos industriales de planta de celulosa de la empresa CELCO en la Bahía de Maiquillahue, en la misma región, sobre las tierras y borde costero de comunidades mapuche-lafkenche; y el caso de la piscicultura Caburga II, impulsado por la empresa AquaChile en tierras de comunidades mapuche en la Región de la Araucanía.

En cada caso se identifica la responsabilidad que corresponde tanto al Estado como a los titulares de estos proyectos de inversión, y la existencia o no de mecanismos efectivos para la reparación o mitigación de dere-

chos frente a la violación y abusos de derechos humanos, siguiendo para estos efectos los lineamientos de los PR de Naciones Unidas antes referidos. Se trata de casos que a nuestro entender dejan en evidencia clara cómo la actividad de las empresas, sustentadas en un marco normativo interno cuyas evidentes limitaciones son aquí constatadas, vulnera derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales suscritos por el país, en particular el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El presente Informe ha sido elaborado por el Observatorio Ciudadano, organización de promoción, documentación y defensa de derechos humanos y de pueblos indígenas creada el 2004 como Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, hoy constituida como una fundación¹.

Agradecemos a las organizaciones del pueblo mapuche –en particular al Parlamento de Koz Koz y al Comité de Defensa del Mar– que con su visión e información de primera fuente hicieron posible la elaboración de este informe. Agradecemos también al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y a la Fundación Ford, entidades sin cuyo apoyo la elaboración de este informe no hubiese sido posible.

Esperamos que este Informe sea un aporte para la revisión del marco normativo y la política pública del Estado chileno, así como también de la conducta empresarial en el país, que incide en los derechos humanos. Ello a objeto de que la actividad empresarial sea realizada con el debido respeto y resguardo de los derechos humanos en general, y de los derechos de los pueblos indígenas –en este caso del pueblo mapuche– en particular. ○

1 Para mayor información sobre el Observatorio Ciudadano ver www.observatorio.cl

I. MARCO DE DERECHOS HUMANOS APLICABLE A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

En las últimas décadas se ha incrementado la preocupación de la comunidad internacional sobre los efectos adversos de la actividad empresarial en los derechos humanos. Ello se ha manifestado en un importante desarrollo sobre la materia tanto en el Sistema de Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desarrollo al cual nos referiremos a continuación:

1. Sistema de Naciones Unidas

1.1. Evolución normativa

En el ámbito de las Naciones Unidas se ha verificado una evolución normativa relativa a la protección de los derechos de las personas y de los pueblos, incluyendo mujeres, niños y pueblos indígenas, frente a actividades de empresas que pudiesen resultar en su vulneración.

Si bien los primeros instrumentos posteriores a la Declaración Universal de Derechos Humanos no abordaron las obligaciones de los estados en relación con las empresas, sino más bien les impusieron obligaciones generales de garantizar el ejercicio de derechos e impedir abusos cometidos por éstas,² instrumentos posteriores, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, han sido más explícitos en hacer referencia a las actividades comerciales, y en establecer el deber del Estado de regular los abusos cometidos por actores no estatales.

² Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, todos ellos de Naciones Unidas.

De interés en este sentido resulta la interpretación de los órganos de tratado de Naciones Unidas referida a los alcances de la responsabilidad de las empresas en la violación de derechos humanos y a las obligaciones de los estados al respecto. Así el Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, en su Observación General N° 31, reconoció esta responsabilidad al señalar que “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas”. El mismo Comité dispuso que los estados deben actuar con debida diligencia y que estos pueden infringir las obligaciones impuestas por el Pacto sino adoptan las medidas adecuadas “para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”.³ También importantes son los comentarios realizados por otros órganos de tratado sobre los efectos de proyectos de inversión de empresas, ya sean públicas o privadas, en sectores específicos, o en recursos fundamentales para la subsistencia humana que, por lo mismo, deben ser garantizados. Destaca en este sentido la Recomendación General XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1997) de la ONU relativa a derechos de pueblos indígenas en la que se reconoce que en muchas regiones del mundo los pueblos indígenas son discriminados y se les priva de sus derechos a las tierras y recursos por empresas comerciales y las empresas de Estado. Para hacer frente a esta realidad dicho Comité

³ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 31*, para. 8. En Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, John Ruggie, *Las empresas y los derechos humanos: catálogo de normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007.

exhorta a los Estados a “que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos”.⁴

Más tarde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU estableció en su Observación General N° 15 de 2002 sobre el derecho al agua, recurso fundamental para muchos proyectos de generación eléctrica, que “la obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua”.⁵ El Comité aclaró que los estados violan el derecho al agua no solo cuando desarrollan acciones directas en este sentido, sino también cuando no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua, entre ellas no adoptar o ejecutar una política nacional sobre el agua encaminada a garantizar a todos el derecho al agua; no adoptar medidas contra la distribución no equitativa de las instalaciones y los servicios de agua; no establecer mecanismos de socorro de emergencia; no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable.⁶

Más recientemente el Comité de Derechos del Niño elaboró su Observación General N°16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del

sector empresarial en los derechos del niño, precisando no solo el contenido de las obligaciones de los estados sino también de los deberes de las empresas cuando su actuación afecta estos derechos. Así sostuvo que la obligación “de respetar significa que los Estados no deben, de forma directa o indirecta, facilitar, ayudar a que se produzca o secundar ninguna violación de los derechos del niño”.⁷ Agregó que “[l]os Estados tienen además la obligación de garantizar que todos los actores respeten los derechos del niño, incluido el contexto de las operaciones y actividades empresariales”.⁸ Asimismo sostuvo que “[l]os Estados tienen la obligación de ofrecer protección contra las violaciones por terceros de los derechos consagrados en la Convención”.⁹

En cuanto a las empresas sostuvo que los Estados “...deben exigir a las empresas que procedan con la diligencia debida en lo que respecta a los derechos del niño. Esto garantizará que las empresas identifiquen, prevengan y mitiguen el impacto de sus operaciones en los derechos del niño, por ejemplo en sus relaciones comerciales y en las operaciones mundiales”.¹⁰ Finalmente sostuvo que los estados deben “eliminar las barreras sociales, económicas y jurídicas a fin de que los niños tengan en la práctica acceso a mecanismos judiciales eficaces, sin discriminación de ningún tipo”.¹¹

1.2. Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos

Durante la última década se elaboraron por Naciones Unidas directrices específicas sobre las empresas y los derechos humanos. Tales directrices denominadas Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, fueron desarrollados por el Representante Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Em-

4 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1997), *Recomendación General XXIII* para. 5. El Comité agrega al respecto que “únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deber-ser en forma de tierras y territorios”.

5 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 15* para. 23. El Comité agrega que “Por terceros se entienden particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua”.

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op cit.*, para. 44.

7 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, Naciones Unidas CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013, para. 26.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*, para. 27.

10 *Ibid.*, para. 62.

11 *Ibid.*, para. 68.

presas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, John Ruggie, siendo adoptados como suyos por el Consejo de Derechos Humanos de la misma entidad el 2011.¹² Los Principios Rectores (PR) de la ONU sobre la materia se basan en tres pilares fundamentales:

- La obligación del Estado de proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia (Pilar 1);
- la obligación y responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que implica el deber de evitar vulnerar los derechos de las personas y reparar las consecuencias negativas de sus actividades (Pilar 2);
- y la necesidad de establecer mecanismos efectivos de reparación, lo que implica que tanto los estados como las empresas deben garantizar que las víctimas de abusos a sus derechos humanos por empresas tengan acceso a mecanismos efectivos para la reparación, tanto judiciales como extrajudiciales (Pilar 3).

De acuerdo a los PR, en cumplimiento del deber de protección de los estados (Pilar 1) estos tienen, entre otras obligaciones, la de “a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos”.¹³

12 Representante Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Nueva York, Ginebra, 2011.
13 *Ibid.*, Principio 3.

En cumplimiento de su obligación de respetar los derechos humanos (Pilar 2) las empresas deben “abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.¹⁴ La responsabilidad de las empresas, precisan los PR, se refiere a “derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.¹⁵

De acuerdo a los mismos PR la responsabilidad de las empresas, además, les obliga a que “eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; y b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”.¹⁶

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas además deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Dicha debida diligencia debe “incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas”. Se trata, de acuerdo a los PR, de “las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales”.¹⁷ Además, los mismos

14 *Ibid.*, Principio 11.
15 *Ibid.*, Principio 12.
16 *Ibid.*, Principio 13.
17 *Ibid.*, Principio 17.

PR disponen que si las empresas han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, estas “deben repararlos o contribuir a su reparación por medios legítimos”.¹⁸

Finalmente en cuanto a los mecanismos de reparación (Pilar 3), los PR disponen que, como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, “los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.¹⁹ Junto a ello los Estados deben facilitar el acceso a mecanismos de reclamación no estatales.²⁰ Por último, las empresas “deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces”.²¹

Cabe señalar que los PR de Naciones Unidas sobre la materia han sido objeto de múltiples críticas por parte de organizaciones de derechos humanos. Ello en particular por no establecer un recurso efectivo integrado en un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante para hacer efectivo el deber de protección de los derechos humanos por las víctimas de la actuación de las empresas. También por no establecer con claridad las obligaciones extraterritoriales de los estados, más allá de sus fronteras frente a la violación de derechos humanos por empresas domiciliadas en ellos.²² No obstante, la adopción de estos PR por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y por diversas instancias internacionales, incluyendo la Unión Europea, hacen de ellos un instrumento fundamental que no puede ser ignorado por los estados, así como tampoco por las empresas en la actualidad.

Cabe señalar que las obligaciones extraterritoriales (ETO por su sigla en inglés) de los estados en el cumplimiento de sus compromisos internacionales de derechos humanos han sido objeto de un importante desarrollo en el Sistema de la ONU en los últimos años. Dichas obligaciones, de acuerdo a un análisis de las observaciones de los órganos de tratado de Naciones Unidas realizado por la Red DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), comprenden las de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.²³ Así por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño ha representado a diversos estados la obligación de respetar los derechos humanos de los niños y niñas al señalar la obligación que estos tienen de efectuar evaluaciones de impacto antes de concluir acuerdos comerciales.²⁴

En la mayor parte de los casos, sin embargo, las observaciones de estos órganos se han referido a la obligación de los estados de proteger los derechos humanos afectados por empresas privadas en terceros países, fuera de los estados en que están domiciliados. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N°19 sobre el derecho a la seguridad social estableció que “[l]os Estados Partes deben proteger, con carácter extraterritorial, el derecho a la seguridad social, impidiendo que sus propios ciudadanos y empresas violen este derecho en otros países”.²⁵ El Comité de Derechos del Niño, igualmente, expresó su preocupación a Baréin frente a informaciones relativas a la participación y complicidad de empresas mineras australianas en violaciones de derechos humanos en terceros países, solicitándole que “proporcione

18 *Ibid.*, Principio 22.

19 *Ibid.*, Principio 25.

20 *Ibid.*, Principio 28.

21 *Ibid.*, Principio 30.

22 Federación Internacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y empresas: defender los derechos humanos y garantizar la coherencia. Contribución de la FIDH al Representante Especial de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, 2009, en <http://www.fidh.org/Derechos-humanos-y-empresas-defender-los-derechos>.

23 Red-DESC, *Economía global, derechos globales. Guía para interpretar las obligaciones relacionadas con los derechos humanos en la economía global*, 2014, en http://www.etoconsortium.org/nc/en/library/documents/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=117

24 Comité de Derechos del Niño, *Examen de informes presentados por Estados parte bajo el artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Azerbaiján*, 12 de marzo de 2012, CRC/C/AZE/CO/3-4, para. 29; Comité de Derechos del Niño, *Examen de informes presentados por Estados parte bajo el artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Australia*, 28 de agosto de 2012, CRC/C/AUS/CO/4, para. 28; Comité de Derechos del Niño, *Examen de informes presentados por Estados parte bajo el artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: República de Corea*, 6 de octubre de 2011, CRC/C/KOR/CO/3-4, para. 26 y 27.

25 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR), *Observación General N° 19: El derecho a la seguridad social* (art. 9 del Pacto), 4 de febrero de 2008, para. 54.

instituciones y mecanismos nacionales adecuados para abordar casos de incumplimiento, incluyendo extraterritoriales, por parte de empresas multinacionales de Baréin”.²⁶ Por su parte el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial expresó su preocupación a Canadá ya que este Estado “no ha adoptado medidas con respecto a las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá cuyas actividades, en particular las mineras, afectan negativamente a los derechos de los pueblos indígenas fuera del Canadá”.²⁷

La preocupación de las organizaciones de derechos humanos frente a la inexistencia de mecanismos vinculantes (obligatorios) para hacer valer la responsabilidad de empresas por violaciones de derechos humanos llevó al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a aprobar, en junio de 2014, una Resolución mediante la cual se crea un Grupo Intergubernamental a objeto de que este elabore un instrumento jurídico vinculante sobre corporaciones transnacionales y otras empresas y los derechos humanos. Dicha resolución promovida por Ecuador y Sudáfrica, entre otros, ha sido valorada por organismos de derechos humanos por cuanto, de traducirse en una convención u otro instrumento jurídico obligatorio, permitiría hacer efectivas las responsabilidades de las empresas, más allá de las fronteras de los estados frente a la violación de derechos humanos de comunidades locales, pueblos indígenas, entre otros.²⁸

1.3. Las empresas y los derechos humanos de los pueblos indígenas

Una especial preocupación es la de las implicancias adversas de la actividad empresarial en los sectores más

vulnerables, como lo son los pueblos indígenas. No es casual que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (GT), establecido el 2011 como procedimiento especial para promover los PR,²⁹ haya elaborado en 2013 un informe temático sobre las implicancias de los PR para los pueblos indígenas.³⁰ En dicho informe junto reconocer que estos pueblos figuran entre los grupos más gravemente afectados por las actividades de los sectores extractivo, agroindustrial y energético (para. 1), el GT dispone que de conformidad con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas “los estados tienen la obligación de consultar y cooperar de buena fe a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar medidas legislativas o políticas administrativas que afecten a los pueblos indígenas (artículo 19 de la Declaración) y ejecutar proyectos que afecten a los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos, en particular la extracción de recursos minerales y la utilización o explotación de otros recursos (artículos 19 y 32 de la Declaración)”. El mismo GT agrega en su informe que “en determinadas circunstancias, existe la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento (artículos 10 y 29 de la Declaración)”.³¹

En dicho informe el GT desarrolla también los contenidos de la debida diligencia cuando esta es aplicada a grupos vulnerables como los pueblos indígenas. Al respecto dispone que teniendo presentes las especificidades de estos pueblos, las evaluaciones de impacto ambiental no son suficientes para determinar los impactos a sus derechos, en particular derechos colectivos como

26 Comité de Derechos del Niño, *Examen de informes presentados por Estados parte bajo el artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Baréin*, 3 de agosto de 2011, CRC/C/BHR/CO/2-3, para. 20-21.

27 Comité de la ONU sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, *Informes presentados por Estados parte bajo el artículo 9 de la Convención: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: anexo: Información provista por el Gobierno [de] Canadá sobre la implementación de las observaciones finales del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial: Canadá* (CERD/C/CAN/CO/19-20), 4 de abril de 2012, para. 14.

28 Consejo de Derechos Humanos, ONU, 25 de junio de 2014, A/HRC/26/L.22/Rev.1.

29 El Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos de Naciones Unidas está compuesto por cinco miembros de los cinco continentes, la mayor parte de ellos vinculados al sector empresarial. Su mandato fundamental, renovado en 2014, es la promoción los PR. Existe un análisis crítico de su funcionamiento toda vez que no ha procesado comunicaciones enviadas frente a violaciones de derechos humanos por empresas, a pesar de no estar impedidos de hacerlo.

30 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales*, Naciones Unidas, Asamblea General, 7 de agosto de 2013, A/68/270.

31 *Ibid.*, para. 9.

la tierra y la libre determinación. A este respecto el GT plantea que “las consultas sustantivas con los pueblos indígenas en el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos sea particularmente importante para que las empresas puedan identificar toda la gama de consecuencias reales y potenciales y, en particular, para determinar y hacer frente a las consecuencias diferenciadas en función del género”.³² Agrega que las empresas deben garantizar que las evaluaciones de impacto “sean lo bastante profundas para detectar los efectos diferenciados sobre los grupos potencialmente vulnerables y susceptibles de sufrir en mayor grado las consecuencias adversas de la misma actividad a causa de la marginación económica o social dentro de la comunidad indígena”.³³

En una línea similar, el antiguo Relator Especial (RE) de la ONU sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, basado en el marco conceptual de los PR de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, intentó determinar el alcance de la debida diligencia de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas.³⁴ Así el RE sostuvo en relación con los derechos de estos pueblos sobre sus tierras, territorios y recursos, que las empresas no pueden considerar la ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad indígena sobre ellas como una excusa para su desconocimiento, planteando que la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde piensan desarrollar sus actividades, debería ser asumida como una presunción de que éstos poseen algún tipo de derechos sobre ellas.³⁵ Agregó que el deber de consulta con los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas susceptibles de afectarles, de conformidad con las normas internacionales aplicables, requiere en algunos casos del consentimiento de los pueblos afectados. Aclaró que se trata de una obligación fundamental del Estado, y que las empresas, incluso actuando de buena fe, care-

cen de los conocimientos adecuados para el desarrollo de estas consultas. No obstante ello, sostuvo que las empresas pueden impulsar, con la supervisión del Estado, diálogos con las comunidades afectadas en especial en relación con la realización de estudios de impacto social, la adopción de medidas de compensación y el reparto de beneficios derivados de los proyectos.³⁶

En relación a los estudios de impacto el mismo RE Anaya sostuvo que éstos deben basarse en criterios de derechos humanos y estar enfocados a adoptar todas las medidas para prevenir los posibles impactos negativos de las actividades proyectadas al medio ambiente y la vida económica, social y cultural de los pueblos indígenas.³⁷ En relación a la participación en los beneficios, consecuencia del derecho a la limitación o privación de la propiedad indígena sobre la tierra y los recursos, el RE Anaya señaló que ésta debe ser justa y equitativa y que la misma debe ser entendida como una forma de cumplimiento de un derecho y no como una concesión caritativa que busque el apoyo social del proyecto o minimizar los conflictos. Por último, el RE propuso a este respecto la necesidad de superar los enfoques basados únicamente en pagos monetarios, los que pueden ser negativos y tener implicancias adversas para estos pueblos, y explorar otros mecanismos de participación en los beneficios que fortalezcan la capacidad de estos pueblos de afianzar sus instituciones y prioridades de desarrollo.³⁸

En su último informe como RE (2013), que trata sobre las industrias extractivas y los pueblos indígenas, Anaya ahonda en esta materia señalando que, como consecuencia de su derecho de libre determinación, la regla general es que los proyectos extractivos por terceros en territorios indígenas no se pueden desarrollar sin su consentimiento libre, previo e informado (CLPI). Sostiene además que los procesos de consulta y negociación, cuando hay consentimiento, deben ser justos y adecuados y que, en caso de haber acuerdos, estos deben re-

32 *Ibid.*, para. 31.

33 *Ibid.*

34 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/15/37 19 de julio de 2010.

35 *Ibid.*, para. 53 a 59.

36 *Ibid.*, para 60-70.

37 *Ibid.*, para. 71-75.

38 *Ibid.*, para. 76-80.

sultar en una verdadera asociación y participación en los beneficios.³⁹

Cabe señalar que el derecho al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) frente a proyectos de inversión con impactos adversos en los pueblos indígenas, es reconocido en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, así como por los órganos de tratado de la ONU, como el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Así este Comité en su análisis del informe periódico del Estado de Chile recomendó a este Estado en junio de 2014 que “establezca un mecanismo efectivo de consulta y que éste se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos, en particular debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas”.⁴⁰

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Al igual que en el Sistema de la ONU los principales instrumentos de derechos humanos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) –la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos– no se refieren expresamente a las obligaciones de los estados en relación con las empresas. No obstante ello sus principales órganos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han abordado progresivamente esta problemática en su jurisprudencia, estableciendo criterios sobre la responsabilidad de los estados frente a la violación de derechos humanos cometidas en el marco de la actividad empresarial, responsabilidad amparada en estos instrumentos internacionales.

Dada su especial situación de vulnerabilidad, parte importante de dicha jurisprudencia se ha referido a los impactos de la actividad empresarial impulsada en las tierras y territorios de los pueblos indígenas en sus derechos humanos. A pesar de que el SIDH no cuenta a la fecha con una normativa específica referida a estos pueblos, tanto la Corte IDH como la CIDH han hecho una interpretación evolutiva de los instrumentos americanos antes referidos para aplicarlos en los casos que les conciernen. Más aún, tal como lo ha señalado la Corte IDH, los órganos del SIDH se han valido del *corpus juris* de los derechos humanos aplicable a estos pueblos –que incluye entre otros instrumentos internacionales el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas–, los que establecen una protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas,⁴¹ para resolver los asuntos que les conciernen.

Así en el caso del pueblo *Yanomami vs. Brasil* la CIDH reconoció tempranamente en 1985 que la construcción por dicho Estado de una autopista (BR-210) sobre el territorio de este pueblo resultaba en la violación de entre otros derechos de la Declaración Americana, del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de la persona (art. I); el derecho de residencia y tránsito (art. VIII); y el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI). Por lo mismo recomendó al gobierno de Brasil la adopción de medidas sanitarias preventivas y curativas para proteger las vidas y la salud de las poblaciones indígenas, además de la consulta previa a los yanomami sobre todos los temas que afecten a sus intereses.⁴²

En el caso de las comunidades mapuche pehuenche de Chile (*Mercedes Julia Huenteao Beroiza et al. Vs. Chile*) que denunciaron ante la CIDH la violación de derechos humanos de la Convención Americana (derecho a la vida (art. 4 de la Convención Americana), a la integridad personal (art. 5), a las garantías judiciales (art. 8), a la libertad de conciencia y de religión (art. 12), a la protección de la familia (art. 17), a la propiedad privada (art.

39 Anaya, James (RE), *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, NU, 1 de julio de 2013, A/HRC/24/41.

40 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el Sexto informe periódico de Chile*, N°10. junio 2014.

41 Corte IDH, *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 127 y 128.

42 CIDH, *Comunidad yanomami vs. Brasil*, caso n° 7615, resolución 12/85, 5 de marzo de 1985.

21) y a la protección judicial (art. 25)) por la aprobación por el Estado chileno de la construcción de la central hidroeléctrica Ralco en el río Biobío, las peticionarias y los representantes de dicho Estado alcanzaron en 2003 una solución amistosa ante la CIDH. En dicho acuerdo el Estado chileno se comprometió, en reconocimiento de su responsabilidad en el contexto de la aprobación de esta central, a adoptar medidas de perfeccionamiento de la institucionalidad para proteger los derechos de los pueblos indígenas, así como medidas para la protección del desarrollo y preservación ambiental del territorio de Alto Biobío. También se comprometió a compensar a las familias peticionarias por los daños de la central Ralco, y a dotar de tierras a las comunidades mapuche pehuenche que carecen de ellas.⁴³

El 2009 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades del pueblo ngöbe de Panamá asentadas a lo largo del río Changuinola sobre el cual el Estado panameño había otorgado en favor de una empresa privada (AES Changuinola) una concesión para la construcción de represas hidroeléctricas. Las medidas tenían el fin de evitar daños irreparables al derecho de propiedad y la seguridad del pueblo indígena ngöbe, solicitando al Estado panameño suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión hasta tanto no se adoptase una decisión definitiva frente a la denuncia que le fue planteada por este pueblo.⁴⁴ El año 2011 otorgó una medida similar a favor de comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú, en el estado de Para, Brasil, cuya vida e integridad personal fue puesta en riesgo por el impacto de la construcción por una empresa pública (Electronorte) de la central hidroeléctrica Belo Monte. La

CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender el proceso de licencia del proyecto de esta central e impedir la realización de cualquier obra material hasta que se observasen, entre otras condiciones; la realización de procesos de consulta “previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares”; y la adopción de medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú.⁴⁵

Por su parte la Corte IDH, en el caso de la comunidad de *Awás Tingni vs. Nicaragua*, comunidad afectada por la concesión de explotación forestal en sus tierras de ocupación ancestral otorgada en los 90 por el Estado nicaragüense a una empresa extranjera, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aún a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas.⁴⁶ Posteriormente la Corte IDH ha reafirmado dicha interpretación al reconocer los derechos de carácter comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay.⁴⁷ En estos casos, en que las tierras reclamadas por los indígenas eran detentadas por propietarios privados, la Corte IDH estableció la necesidad de restringir la propiedad privada de los particulares para el logro del objetivo colectivo de preservar las identidades culturales de estas comunidades, disponiendo el pago de una justa indemnización a los perjudicados de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.⁴⁸

43 CIDH, *Mercedes Julia Huenteao Beroiza et al. Vs. Chile*, petición nº 4617/02, informe 30/04, marzo de 2004.

44 CIDH, MC 56/08 – *Comunidades Indígenas Ngöbe y otras, Panamá*, 19 junio 2009. Más tarde, en enero de 2010, la CIDH solicitó a la Corte IDH la aprobación de medidas cautelares en favor de la comunidad Ngöbe, alegando que el derecho a la vida, la libertad de movimiento y el derecho de propiedad de los miembros de esta comunidad estaban amenazados. La Corte IDH, sin embargo, rechazó la medida señalando que la urgencia y gravedad de las alegaciones no estaban probadas. *Comunidades Indígenas Ngöbe vs. Panamá* (2010). Ver Schönsteiner et al., *Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights*, en: *Human Rights Law Review* (2011), 11:2.

45 CIDH, MC 382/10 - *Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil*, 1 de abril de 2011. El 29 de Julio de 2011, sin embargo, la CIDH evaluó la medida cautelar, modificándola para solicitar al Estado de Brasil la adopción de medidas para proteger la vida, salud e integridad cultural de las comunidades indígenas afectadas por la central y para la regularización de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas del área pendientes. Adicionalmente consideró que el tema de la consulta y el consentimiento libre e informado se había transformado en un asunto de fondo que trascendía las medidas cautelares.

46 Corte IDH, Sentencia *Caso AwásTingni vs. Nicaragua*, 2001, para. 148-151.

47 Corte IDH, Sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005; Corte IDH, Sentencia *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, 2006.

48 Corte IDH, Sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 149.

En su jurisprudencia en el caso de la Comunidad de *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte IDH ha extendido además el reconocimiento del derecho de propiedad a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios tradicionales. Así sostuvo que “[l]os integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”.⁴⁹

La misma Corte IDH sostuvo en el caso de *Saramaka vs. Surinam* (2008) en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios indígenas, que los estados tienen la obligación no solo de consultarlos de manera apropiada,⁵⁰ sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.⁵¹ La Corte ha dispuesto también que los pueblos indígenas tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia, entendiendo esta participación como una forma de indemnización que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales.⁵²

Más recientemente, en 2012, la Corte IDH vino a aclarar el alcance del derecho de los pueblos indígenas a la

consulta y al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) frente a las actividades empresariales que impactan sus derechos, sobre todo a la tierra y el territorio, en su sentencia en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*. En este caso, en que se condenó al Estado de Ecuador a pagar una elevada indemnización al pueblo kichua de Sarayaku por los daños causados por una empresa petrolífera en sus territorios, sin mediar procesos de consulta y consentimiento libres, previos e informados, se desarrolló el contenido de este derecho de los pueblos indígenas. Así la Corte IDH dispuso “que las *consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo*”.⁵³ Igualmente dispuso que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, el “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.⁵⁴ En el mismo caso la Corte IDH señaló en relación a los procesos de evaluación de impacto ambiental que estos deben realizarse por entidades independientes y con fiscalización adecuada del Estado, con la participación de los pueblos involucrados, y tomando en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades previstas tendrán en los pueblos indígenas.⁵⁵

La importancia que ha adquirido la relación entre actividad empresarial y los derechos humanos en la región se ha visto reflejada, además, en la aprobación en junio de 2014 de una resolución de la Asamblea General de la OEA (AG/RES. 2840 (XLIV-O/14)) sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial.⁵⁶ En dicha resolución, junto con promover la aplicación de los PR de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, y exhortar a los Estados Miembros a que den difusión a ellos, se solicitó a la CIDH y a la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo

49 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 121.

50 El pueblo denunciante –Saramaka– había sido objeto en la década de los 60 de desplazamiento de sus tierras de ocupación antigua en virtud de la construcción de una reserva hidroeléctrica por Surinam. Corte IDH, Sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2008, para. 134.

51 En relación al consentimiento, la Corte IDH sostiene: “Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”, *Ibid.* para. 135.

52 Al respecto concluye: “En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka”, Corte IDH, Sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2008, para. 141.

53 Corte IDH, Sentencia caso *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012, para. 177.

54 *Ibid.*, para 186.

55 *Ibid.*, para.207.

56 Asamblea General de la OEA, *Resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial*, 4 de junio de 2014.

Integral (SEDI), a que de manera coordinada “continúen apoyando a los estados en la promoción y aplicación de los compromisos Estatales y empresariales en materia de derechos humanos y empresas”.⁵⁷ Asimismo motivó a los Estados “a estimular el diálogo constructivo entre empresas, gobierno y sociedad civil, y otros actores sociales, para la aplicación de los Principios Rectores”.⁵⁸

La preocupación del SIDH en esta materia se ve reflejada también en la reciente decisión de la Vicepresidenta, Comisionada y Relatora de Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Profesora Rose-Marie Belle Antoine, de preparar un informe regional enfocado en actividades encaminadas a la explotación de recursos naturales y su impacto

en los derechos de los pueblos indígenas. El informe regional anunciado será sin duda de gran relevancia, puesto a que como se ha señalado, son precisamente los pueblos indígenas de la región los que se ven más afectados por la actividad empresarial que, al menos en América Latina, se traduce en la explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios.

Todos estos lineamientos constituyen un marco que tanto los estados como las empresas no pueden hoy desconocer al impulsar o aprobar actividades económicas. Ello tanto por razones jurídicas como ético morales. En particular cuando estas afectan, como ocurre frecuentemente en la región, los derechos de sectores particularmente vulnerables, como son los pueblos indígenas. ○

57 *Ibid.*, N° 1.

58 *Ibid.*, N° 3.

II. LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE: ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Antecedentes sobre el pueblo mapuche

Con una población estimada hoy en un millón de personas, el pueblo mapuche habita la zona centro sur de Chile.⁵⁹ Los antecedentes de su ocupación tradicional del territorio comprendido entre el valle central de Chile por el norte hasta la Isla Grande de Chiloé por el sur, datan de tiempos inmemoriales.

Los mapuche resistieron la ocupación española, expulsando a los conquistadores de sus territorios ancestrales a fines del siglo XVI, consolidando su autonomía política sobre el espacio del territorio conocido como Araucanía. Tal autonomía sería reconocida a través de parlamentos celebrados periódicamente con las autoridades hispanas hasta fines de la colonia. Los parlamentos, entre los que destacan los de Quilín (1641 y 1647) y Negrete (1726),⁶⁰ son considerados por los mapuche como tratados entre naciones soberanas. Esta visión es compartida por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tratados y otros acuerdos constructivos, Miguel A. Martínez, quien en su informe final del Estudio sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y poblaciones indígenas (1999) concluye que, considerando sus orígenes, causas y desarrollo, éstos podían ser comparados en algunos aspectos a

ciertos tratados celebrados por los pueblos indígenas en Norteamérica tanto británica como francesa.⁶¹

En la segunda mitad del siglo XIX el Estado chileno impulsó un proceso militar y jurídico con miras a desposeer a los mapuche de sus tierras y territorios tradicionales, y de someterlos como pueblo. Fue así como el Congreso chileno dictó en 1866 una ley que confiscaba las tierras mapuche⁶² y ordenaba se deslindaran los terrenos poseídos por indígenas debiendo otorgárseles un título de merced sobre ellas. Las tierras restantes serían vendidas en pública subasta en lotes de 500 hectáreas y destinadas al establecimiento de colonias de nacionales y extranjeros. Más tarde el ejército procedió a ocupar militarmente el territorio mapuche, en la llamada “pacificación de la Araucanía”, y a la radicación, entre 1883 y 1929, de parte de su población en reducciones de carácter comunal a través del otorgamiento de títulos de merced. Como consecuencia de este proceso, los mapuche en Chile fueron confinados en cerca de 3.000 reducciones con un total aproximado de 500 mil hectáreas de un territorio original estimado en 10 millones de hectáreas.⁶³

59 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta CASEN*, 2009. En Argentina su población es estimada en 300 mil (Hernández, Isabel, *Autonomía o Ciudadanía Incompleta. El Pueblo Mapuche en Chile y Argentina*, CEPAL-Pehuen, Santiago, 2003).

60 Otros parlamentos serían celebrados en 1651, 1683, 1692, 1693 y 1694, 1716, 1726, 1738, 1746, 1756, 1760, 1764, 1771, 1774, 1784, 1787 y 1793. Los últimos parlamentos datan de 1803 y 1816, en las postrimerías del régimen colonial. De Ávila, Alamiro, “Régimen jurídico de la guerra de Arauco” en *III congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto Internacional de Estudios Jurídico, Madrid, 1973.

61 Martínez, Miguel A. *Estudio sobre los Tratados, Convenios y Otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas (Informe Final)*. Nueva York: Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999.

62 La Ley de 1866 disponía que se reputarían como baldías, y por consiguiente de propiedad del Estado, todas aquellas tierras sobre las cuales no se probase una posesión efectiva y continuada de un año (art. 6), prueba que los mapuche, con una ocupación no agrícola y extensiva de su territorio, no estaban en condiciones de realizar.

63 González, Héctor. “Propiedad Comunitaria o Individual. Las Leyes Indígenas y el Pueblo Mapuche” 2 *Nutram* 1, 1986.

A lo largo del siglo XX se mantuvo el proceso de despojo mapuche a través de las leyes divisorias de tierras comunales dictadas entre 1927 y 1931 que resultaron en la partición de las mismas en hijuelas individuales, y en su usurpación por propietarios particulares. El total de reducciones divididas de acuerdo a dichas leyes entre 1931 y 1971 alcanzó a 832 (28,5% del total), dando lugar a un total de 12.737 títulos individuales con un promedio de 11,24 hectáreas cada una.⁶⁴ Salvo un breve periodo en que se aprobó una legislación (Ley 19.729 de 1972) que favoreció la restitución de tierras a los mapuche, la legislación dictada bajo la dictadura de Pinochet (Decreto Ley N° 2.568 y 2.570 de 1979) profundizó la división forzada de la comunidad mapuche. Como consecuencia de dicha legislación desde 1979 hasta 1988 se dividieron 2.918 títulos de merced comunitarios mapuche dando lugar a la creación de 73.444 hijuelas con un total de 519.257 hectáreas, con una superficie promedio de 7,07 hectáreas.⁶⁵

No obstante la dictación de la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas, luego de la recuperación democrática, ley que será analizada en detalle más adelante en este informe, en las últimas décadas las tierras y los territorios de propiedad legal y/o ancestral del pueblo mapuche se han visto afectadas por la proliferación de proyectos de inversión, tanto de carácter extractivo, como productivo o de infraestructura, que han sido promovidos por el Estado. En la mayor parte de los casos, tales proyectos han sido aprobados sin procesos de consulta y sin el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades mapuche afectadas, y sin que ellas participen en los beneficios de la actividad económica. Las comunidades afectadas por tales proyectos tampoco han sido compensadas por los daños que estos han provocado.

Ello ha sido posible en el marco de una política estatal de apertura e inserción de Chile en los mercados globales, política que se ha expresado en la suscripción por el

Estado chileno de tratados de libre comercio con más de 50 estados, incluyendo las economías más poderosas (UE, EE.UU., Canadá, China, entre otras), los que han sido aprobados sin consulta ciudadana, tampoco a los pueblos indígenas. También son consecuencia de una legislación sectorial (Código de Aguas, Código de Minería, entre otros) que, como será analizado más adelante en este Informe, permite a terceros particulares y empresas constituir derechos sobre los recursos naturales de propiedad ancestral de los mismos pueblos.

Como consecuencia de lo anterior es que en las regiones del Bío Bío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos, en el centro sur de Chile, donde se encuentra la mayor parte de la demografía mapuche, se ha intensificado enormemente la actividad forestal. En efecto, producto de una política de subsidio estatal a las plantaciones forestales que data de 1974 (DL 701), cuya prórroga por 20 años más hoy se debate el Congreso Nacional sin consulta indígena, a la fecha existen más de 2.5 millones de hectáreas plantadas con especies exóticas de rápido crecimiento (pino radiata y eucaliptus). Más de la mitad de esas plantaciones se encuentran ubicadas entre el Bío Bío y Chiloé, en territorio ancestral y actual del pueblo mapuche. Los impactos de la industria forestal incluyen la usurpación de tierras de títulos de merced reconocidos a los mapuche, así como de tierras de ocupación tradicional. Ellos también incluyen el secamiento de las aguas, el empobrecimiento de la población, y la migración de la población, todo lo cual ha generado una situación de alta conflictividad de la que las industrias forestales no se hacen cargo.⁶⁶

Junto con lo anterior en la zona andina han proliferado proyectos hidroeléctricos que amenazan a comunidades mapuche, el primero de los cuales –central Ralco, en Alto Biobío– provocó el desplazamiento de 500 mapuche pehuenche luego de su construcción en 2004.⁶⁷

64 *Ibid.*

65 Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas, 2003.*

66 Yáñez, Nancy, José Aylwin y Rubén Sánchez, *Pueblo mapuche y recursos forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica*, IWGIA-OC 2013, en <http://www.observatorio.cl/plibro/ficha/10354>

67 Entre ellos cabe mencionar el proyecto Neltume de la empresa Endesa, en la comuna de Panguipulli (Región de Los Ríos), que será analizada en este Informe.

A ello se agregan los proyectos de salmonicultura en valles cordilleranos del Bío Bío al sur, la mayor parte de ellos en ríos que forman parte del hábitat ancestral y actual de comunidades mapuche, contaminando los cursos de aguas, afectando su sobrevivencia material y cultural. Tales proyectos, como se verá más adelante, no han sido consultados hasta la fecha de conformidad a las normas del Convenio 169 ratificado por Chile en 2008. Junto con ello afectan los derechos a las tierras y territorios de ocupación tradicional protegidos por el Convenio.

Cabe señalar que los proyectos de inversión aquí referidos poco o nada han incidido en una mejoría de las condiciones socioeconómicas de la población mapuche. En efecto, tal como constatará la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) 2009, la población indígena en situación de pobreza e indigencia en el país, cerca del 90% de la cual pertenece al pueblo mapuche, alcanza el 20%, comparativamente a la población chilena cuyo porcentaje de pobreza e indigencia suma un 14,8%.⁶⁸ La región de la Araucanía, la que con un tercio de población indígena mapuche es la región de mayor demografía indígena en el país, es también la región de mayor pobreza. La comuna más pobre del país, con un 49% de pobreza, es Alto Bío Bío, ubicada en la región del mismo nombre, comuna en que se construyera la central hidroeléctrica Ralco antes referida que cuenta con un 72% de población mapuche.⁶⁹ Lo anterior da cuenta de que las empresas que operan en el territorio ancestral de este pueblo no comparten los beneficios que generan con las comunidades que allí habitan.

No es casual que tales proyectos hayan generado una masiva protesta social mapuche, protesta que ha sido criminalizada por el Estado. Es así como desde 2009 a 2013, 80 personas mapuche, acusadas de participar en hechos de protesta social constitutivos de delitos, han sido encarceladas en recintos penitenciarios del Estado. Desde ese mismo año a la fecha han existido ocho causas penales abierta, en las que se les ha imputa-

do a 55 personas pertenecientes al pueblo mapuche la participación en delitos de carácter terrorista. De esas ocho causas penales, cuatro han sido falladas por los Tribunales de Justicia, tres derivaron en la absolución de los imputados, y en una se condenó a cuatro de los 19 imputados, por delitos comunes.⁷⁰

Se trata de una realidad que ha concitado la preocupación de diversas instancias internacionales de derechos humanos, incluyendo entre ellas el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y el Comité Contra la Tortura, todos ellos de Naciones Unidas. En un reciente informe de visita a Chile del Relator Especial (RE) de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, se constata que las protestas mapuche representan la gran mayoría de los procesamiento con arreglo a la legislación antiterrorista, ley que el RE Emmerson sostiene no garantiza el derecho al debido proceso. Asimismo se da cuenta de la práctica frecuente de allanamientos de las comunidades mapuche y de la detención de sospechosos, junto con la falta casi total de responsabilidad por los delitos de violencia excesiva contra los mapuches durante esos allanamientos.⁷¹ La Corte IDH también manifestó su preocupación por la aplicación de esta legislación especial –ley sobre conductas terroristas– a personas mapuche, incluyendo líderes tradicionales de este pueblo, en el contexto de hechos de protesta social, en su sentencia en el caso *Norín Catrín y otros vs. Chile* (2014). En dicha sentencia la Corte IDH condenó al Estado de Chile por la violación de entre otros derechos, de la legalidad y presunción de inocencia, las garantías judiciales y la libertad personal en el caso de ocho condenados mapuche por dicha legislación.

68 Ministerio de Planificación, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2009: Pueblos Indígenas*, en <http://bit.ly/unbFYe>

69 Comuna de Alto Bío Bío, *Diagnóstico participativo*, 2004.

70 Observatorio Ciudadano y otros, *Informe de organizaciones de sociedad civil y de pueblos indígenas en relación al Sexto Informe Periódico de Chile al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, junio de 2014.

71 Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Misión a Chile. Al HRC/25/59/Add.2*, 14 de abril de 2014.

2. Marco normativo aplicable

2.1. Marco normativo referido a pueblos indígenas

2.1.1. Ley Nº 19.253 sobre Protección fomento y desarrollo de los indígenas

Desde 1993 se aplica a los pueblos indígenas la Ley Nº 19.253 sobre Protección fomento y desarrollo de los indígenas, que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) como órgano coordinador de la política indígena, y reconoce a los indígenas derechos sobre sus tierras y culturas. Esta ley, sin embargo, no reconoce a los pueblos indígenas su calidad de tales, sino solo de “etnias”. Tampoco reconoce a sus instituciones u organizaciones tradicionales. Dicha ley, a su vez, establece el deber del Estado de proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1).

En ella se identifican como tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan en propiedad o posesión y que provienen de títulos emanados del Estado, como las que a futuro les sean reconocidas por los tribunales o reciban a título gratuito del Estado. La Ley también identificó como tales las tierras que históricamente (ancestrales) han ocupado y poseen personas o comunidades indígenas, caso en que se requiere además que estas sean inscritas en el Registro de Tierras de la CONADI (artículo 12). Como se señalara, en la actualidad, la gran mayoría de las tierras indígenas, en especial aquellas de propiedad del pueblo mapuche, son de propiedad individual en virtud de procesos de parcelación individual impuesta a la propiedad comunitaria por el Estado durante el siglo XX.

La ley establece además que las tierras indígenas, de propiedad individual o colectiva, están exentas de contribuciones, y no podrán ser enajenadas, embargadas o gravadas salvo entre indígenas de una misma etnia (artículo 13). La misma ley crea, como mecanismo para su ampliación, un Fondo de Tierras y Aguas. Este Fondo otorga subsidios para la adquisición de tierras

por personas y comunidades indígenas cuando la superficie de que dispongan sea insuficiente (artículo 20 a); para financiar la solución de conflictos de tierras que recaigan sobre tierras indígenas (artículo 20 b);⁷² y para financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua (artículo 20 c). La ley también establece que el Fondo estará constituido por tierras de propiedad del Estado, las que pueden ser trasferidas a CONADI para su entrega a indígenas (artículo 21).

La ley 19.253 no reconoció a los pueblos indígenas derechos sobre el territorio. Ello a excepción de considerar la creación de las áreas de desarrollo indígena (artículo 26 y 27) que constituyen áreas históricas o ecológicas de focalización de la acción del Estado, en que los indígenas y sus comunidades tienen derecho a la participación en la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en su interior, correspondiendo a los órganos del Estado que las administran determinar la forma y alcance de esta participación y los derechos de uso de los indígenas (artículo 35). La ley tampoco considera, salvo en el caso de las aguas,⁷³ procedimientos para hacer posible la restitución y/o el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios.

En virtud de subsidios otorgados a comunidades indígenas que carecen de tierras (artículo 20 a) al 2014 se han adquirido por CONADI un total de 21.325,2 hectáreas, la mayor parte de ellas a favor de mapuche. En virtud de compras de tierras realizadas por CONADI para comunidades indígenas derivadas de la pérdida de tierras antes reconocidas por el Estado a éstas (artículo 20 b) se habían adquirido para indígenas, en su mayor parte mapuche, un total de 147.733 hectáreas.⁷⁴

72 Mecanismo para posibilitar la adquisición de predios en conflicto derivados de tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el Estado.

73 Las normas sobre aguas, sin embargo, se refieren en particular a los pueblos andinos del norte del país, y por lo mismo han tenido mayor aplicación en su beneficio que en el caso del pueblo mapuche.

74 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014*, INDH; Santiago, 2014.

2.1.2. Ley N° 20.249 (D.O. 18/2/2008) que crea el espacio marino costero de los pueblos originarios

En 2008 se aprobó la Ley N° 20.249 (D.O. 18/2/2008) que crea el espacio marino costero de los pueblos originarios. Esta ley reconoce y resguarda el uso consuetudinario del borde costero para las comunidades indígenas vinculadas a éste, permitiendo la mantención de sus tradiciones y el uso de los recursos naturales. Dicho espacio será destinado a comunidades y asociaciones indígenas por los entes públicos respectivos mediante un convenio. El espacio a delimitar será el necesario para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario. La duración de estos espacios será indefinida, salvo incumplimiento del plan de manejo que deberá presentarse al Estado. En 2009 entró en vigencia el reglamento de la ley. En virtud de esta legislación a la fecha solo se ha otorgado una concesión de espacio marítimo costero a pueblos originarios,⁷⁵ por lo que su aplicación ha sido mínima, sin lograr proteger hasta ahora el espacio costero de los pueblos originarios.

2.1.3. Convenio 169 de la OIT y sus status jurídico

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, entrando en vigencia plena un año después. El Convenio reconoce a los pueblos indígenas un conjunto de derechos políticos, entre ellos derechos de participación en el Estado (consulta frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente (art.6.1 y 2)), participación en la misma medida que otros sectores de la población en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos (art. 6.1.b), y en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7.1), así como del derecho a la autonomía (derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar su propio desarrollo econó-

mico, social y cultural (art. 7.1)), a sus costumbres y derechos consuetudinario (art. 8.1), y a conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8.2). En materia de derechos territoriales el Convenio 169 reconoce a estos pueblos derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14.1). Junto con ello, introduce el concepto de territorios indígenas, concepto que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que estos pueblos “ocupan o utilizan de alguna manera” (art. 13.2), reconociendo a estos pueblos sobre ellos derechos a los recursos naturales, incluyendo su participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1), así como a la consulta, la indemnización por daño y la participación en los beneficios tratándose de medidas de exploración o explotación de los recursos minerales o del subsuelo u otros recursos de propiedad del Estado (art. 15.2), y el derecho a no ser trasladados de sus tierras y territorios sin su consentimiento (art. 16.1).

Los derechos establecidos en el Convenio 169 en este sentido se vieron reafirmados con la aprobación el 2007 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI), instrumento aprobado con el voto favorable de Chile. De particular relevancia en la DNUDPI son el reconocimiento que en ella se hace del derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado (CLPI) antes de que los estados adopten medidas que les afecten, entre ellas el traslado desde sus tierras y territorios (artículo 10), el reconocimiento explícito de los derechos de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales,⁷⁶ así como del derecho a la restitución de los mismos cuando hayan sido privados de ellos sin su consentimiento previo, libre e informado (artículo 28).

75 A una comunidad mapuche lafkenche en la Región de Los Lagos.

76 La Declaración señala al respecto que estos pueblos tienen “a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (artículo 26.2). En el mismo sentido la Declaración establece la obligación de los Estados de dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones (artículo 26.3).

Dicho Convenio, así como la DNUDPI, sin embargo, no han tenido una aplicación significativa a la fecha. En efecto, la política de tierras impulsada por CONADI ha estado orientada a la adquisición a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, vía mercado, de tierras para familias indígenas. Dichas adquisiciones se han focalizado en tierras que cuentan con títulos anteriormente reconocidos por el Estado a los pueblos indígenas, y no en las tierras de ocupación tradicional como lo establece el Convenio. El derecho de consulta, como se detalla más adelante en este Informe, no ha contado hasta la fecha con una regulación acorde con los estándares establecidos en el Convenio.

Ello no obstante tratarse de un tratado internacional de derechos humanos, derechos humanos que, de acuerdo al artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República (CPR), constituyen un límite para la soberanía del Estado, e imponen a los órganos que conforman el mismo el deber de respetarlos, promoverlos y garantizarlos. Cabe señalar además, que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 309 del año 2000 ante requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169, declaró como autoejecutables las normas de los artículos 6.1. y 7.1. de dicho Convenio relativos al derecho a la consulta y la participación política.⁷⁷ Desde el prisma de los derechos humanos, todas las normas de derechos humanos del Convenio son autoejecutables precisamente porque configuran límites al ejercicio de la soberanía. Por ello, es que entendemos que la calificación hecha por el Tribunal Constitucional se refiere a que se trata de derechos justiciables, esto es, exigibles directamente ante los tribunales de justicia, sin perjuicio de la conveniencia de dictar reglamentación o legislación complementaria para facilitar su ejercicio.

2.2. Marco normativo sobre recursos naturales y medio ambiente

El marco normativo chileno para la extracción y explotación de los recursos naturales está en gran medida de-

terminado por el orden público-económico establecido en el capítulo sobre derechos fundamentales de la Constitución Política de la República (CPR) de 1980,⁷⁸ impuesta durante la dictadura de Pinochet (1973-1990). En esta normativa constitucional se privilegia el derecho al libre emprendimiento empresarial, la obligación del Estado de no inmiscuirse en actividades económicas y se establece el derecho de propiedad como uno de los derechos más importantes dentro del ordenamiento jurídico chileno, otorgando especial protección a los derechos mineros y de aprovechamiento de aguas.

La asignación y utilización de los derechos sobre los recursos naturales se encuentra regulada en un conjunto de leyes sectoriales. Estas leyes permiten la entrega de concesiones a particulares para la utilización de dichos recursos, concesiones a través de las cuales se establece una especie de derecho de propiedad sobre éstos, derecho que luego se puede tranzar en el mercado. Entre estas leyes sectoriales cabe destacar el Código de Minería, el Código de Aguas, la Ley General de Pesca y Acuicultura, la Ley de Concesiones Eléctricas, el Decreto Ley 701 de Fomento Forestal, la Ley de Bosque y la Ley de Concesiones Geotérmicas. A través de esta normativa se ha impuesto un régimen de aprovechamiento privado de recursos naturales, que ha generado la privatización y mercantilización de los recursos naturales de uso y aprovechamiento de los pueblos indígenas, privándolos de recursos de propiedad y uso ancestral sobre la base de los cuales sus comunidades han estructurado sus estrategias productivas, amenazando muchas veces su integridad material y cultural.

Para la materialización de un proyecto que busca utilizar y/o extraer recursos naturales, es necesario además su tramitación a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el que determina las consecuencias medioambientales del proyecto. Luego de la evaluación del proyecto, el Estado otorga, o no, los permisos ambientales correspondientes.

77 Tribunal Constitucional. Rol 309-2000, Considerando 7º.

78 Constitución Política de la República, artículo 19 numerales 21, 22, 23 y 24.

2.2.1. Legislación sectorial sobre recursos naturales aplicable al pueblo mapuche

a. Código de Aguas

El marco normativo que regula la utilización, asignación y constitución de derechos sobre los recursos hídricos está contenido en el Decreto Ley N°2.603 de 1979 y en el Decreto con Fuerza de Ley N°1.122 de 1981, más conocido como Código de Aguas. Dicha legislación, que tiene su fundamento en la teoría económica del libre mercado y en el rol subsidiario del Estado, permite el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas a quienes los soliciten. La misma normativa consagra una amplia protección jurídica a la titularidad de los derechos de aprovechamiento, derecho que posee las mismas garantías constitucionales consagradas para la protección del derecho de propiedad.⁷⁹ Esto se ve reflejado en que si bien el Código Civil chileno⁸⁰ y el Código de Aguas⁸¹ declaran que las aguas son bienes nacionales de uso público, es decir, pertenecen a la Nación toda y su uso corresponde a los habitantes de la Nación,⁸² el Estado puede conceder a los particulares un derecho de aprovechamiento sobre esas aguas que permite al titular usar, gozar y disponer de él como cualquier otro bien susceptible de apropiación privada.

El Código de Aguas define el derecho de aprovechamiento como un derecho real permitiendo a sus titulares su enajenación sin restricciones de ninguna especie,⁸³ reduciendo las potestades de la autoridad administra-

tiva en materia de manejo y planificación del recurso. Este derecho se constituye de manera gratuita por el titular, mediante un acto de autoridad, independiente de si el solicitante es dueño o no de la tierra donde está ubicada el agua y si hace o no uso efectivo y/o beneficioso del recurso. El mismo derecho puede ser reasignado a través de la enajenación, habiéndose dispuesto en la legislación que el derecho es transferible y transmisible.

Es tal el grado de liberalización de los recursos hídrico en Chile, que la legislación consagra una libertad total para el uso del agua a que se tiene derecho y los particulares pueden destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen.⁸⁴ Al ser los derechos de aprovechamiento de agua, derechos susceptibles de ser enajenados, estos se han convertido en bienes de mercado, siendo este último el que ha asumido la función de asignación del uso del recurso. De esta forma el Código de Aguas chileno ha generado un proceso de apropiación privada de los recursos hídricos que ha permitido la concentración de derechos en manos de particulares, personas jurídicas y naturales que constituyen derechos de agua para especular en el mercado de aguas, o bien entes corporativos que hacen aprovechamiento industrial del recurso (industria minera, energía, agro industria, empresas forestales, empresas acuícolas). El ejemplo más extremo es el sector eléctrico, donde actualmente solo ENDESA concentra la propiedad del 81% de los derechos de agua de carácter no consuntivo utilizados para generación hidroeléctrica a nivel nacional.⁸⁵

En junio del año 2005 se promulgó la Ley 20.017 que introdujo algunas modificaciones el Código de Aguas de 1981. Esta normativa buscó imponer ciertas regulaciones y restricciones al mercado de aguas (principalmente pago de patentes por no uso de los derechos de

79 Constitución Política de la República de Chile, artículo 19: "24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (...) Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

80 Código Civil, artículo 595: "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público".

81 Código de Aguas, artículo 5: "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código".

82 Artículo 589 del Código Civil.

83 Código de Aguas, artículo 5: "El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley".

84 Recién en el año 2005. A través de la promulgación de la Ley 20.017 que reforma el Código de Aguas, se incorpora un numeral al artículo 140 impone la obligación de justificar a través de una memoria explicativa el caudal solicitado en función de la actividad económica a realizar y se faculta a la Dirección General de Aguas para denegar aquellas peticiones excesivas.

85 DGA, 1999. Citado por Matus, Nancy, en *Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad*, Programa Chile Sustentable, 2004.

aprovechamiento) y contempló normas de protección al medio ambiente (introduciendo el concepto de caudal ecológico). Pese a ello, el modelo se mantiene en su esencia entregando al mercado la asignación del uso de los recursos hídricos, y desvinculando los causes de los territorios en los que se emplazan.

b. Legislación forestal

La legislación forestal chilena se encuentra dispersa en una serie de textos legales, que regulan tanto las actividades productivas vinculadas al bosque y su protección, como al desarrollo de la industria forestal derivada de la plantación de especies exóticas, fundamentalmente (pino y eucalipto) bajo la forma de monocultivo. La propiedad de los bosques corresponde al dueño del predio superficial y, de acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil, adquieren el carácter de inmuebles por adhesión. Si bien los bosques están adheridos al suelo que los nutre y permite su crecimiento, estos pueden ser explotados directamente por su dueño o enajenados. La enajenación de los bosques para fines de explotación por un tercero distinto del dueño recibe el nombre de “compraventa del suelo forestal”. La ley chilena no regula este tipo de compraventa, la que se ejecuta en virtud del derecho de libre disposición del dueño sobre los frutos y productos de la cosa de su propiedad, en este caso la tierra que aloja el bosque. Ello significa que el bosque, o más bien dicho los árboles, son concebidos como cualquier otro bien para efectos de su libre circulación en el mercado. Sin embargo su explotación y conservación está sujeta a regulaciones.

En 1974 se promulgó el Decreto Ley (DL) 701, normativa que tiene por objeto regular el manejo y uso de los bosques nativos y establece normas de fomento a las plantaciones forestales, otorgando incentivos para la forestación y recuperación de suelos degradados. Este DL contempla una bonificación fiscal a la forestación de predios equivalente al 75% de los costos netos de la plantación, con cargo a su restitución al fisco una vez que se produzca la venta o explotación del bosque a que dio origen a la bonificación. En lo que refiere a la protección de bosques, exige la presentación y aproba-

ción previa de un plan de manejo para la intervención en los bosques nativos y, en general, en aquellos terrenos que califica de aptitud preferentemente forestal. Impone la reforestación como medida de mitigación de impactos, limita la sustitución del bosque nativo y establece sanciones para el caso de incumplimiento de estas normas de protección.

El desarrollo de la industria forestal en Chile ha sido regulado por esta normativa y sus posteriores modificaciones. En efecto, el DL 701 fue modificado por la Ley N° 19.561 en 1998 y, posteriormente, por la Ley 20.326 del 29 de enero de 2009, las que extendieron el sistema de bonificación para las plantaciones y para la recuperación de suelos degradados inicialmente establecida en beneficio de la industria forestal, a los pequeños y medianos propietarios. Dicha legislación también establece incentivos tributarios, para los terrenos que dispongan de plantaciones bonificadas, bosques nativos y bosques de protección.

Cabe señalar que de acuerdo a la Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente, modificaciones posteriores y a su reglamentación, solo se someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) los proyectos de desarrollo forestal definidos como de dimensiones industriales, esto es, aquellos que de una superficie superior a las 500 hectáreas. Ello determina que la mayoría de los proyectos de desarrollo forestal no entren en esta categoría, ya que se estructuran sobre la compra de las plantaciones de pequeños propietarios, y por lo mismo no son sometidos a EIA.

c. Legislación aplicable a la salmonicultura

El marco jurídico por el cual se rige la actividad de la salmonicultura en Chile está constituido por un conjunto de leyes y reglamentos, entre los cuales cabe destacar; la Ley General de Pesca y Acuicultura (N° 18.892 de 1989); el Reglamento sobre concesiones y autorizaciones de acuicultura N° 290 del Ministerio de Economía (Subsecretaría de Pesca); el Reglamento Ambiental para la Acuicultura N° 320 del Ministerio de Economía; y el Re-

glamento del Registro Nacional de Acuicultura N° 499 del Ministerio de Economía (Subsecretaría de Pesca).

La regulación de esta actividad se encuentra radicada en el Ministerio de Economía, a través de su Subsecretaría de Pesca. El Servicio Nacional de Pesca ejerce las labores de supervigilancia de la actividad pesquera, y regula el procedimiento de solicitud e inscripción de “concesiones acuícolas”, necesarias para el desarrollo de la actividad salmonera.

2.2.2. Legislación ambiental

Para la materialización de un proyecto de inversión en Chile es necesario que éste sea sometido a un proceso de evaluación ambiental mediante el cual la autoridad responsable identifique las consecuencias que estos tendrán para el medio ambiente y determine su aprobación o no. Los proyectos deben ser ingresados al sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), que es el instrumento preventivo de protección ambiental que contempla la Ley N° 19.300 de 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBMA), modificada por la Ley N° 20.417 de 2010, y regulada por Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (DS 40 del Ministerio del Medio Ambiente de 2012).

EL SEIA es definido por el artículo 2, letra j) de la LBMA como “el procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”. El organismo encargado de administrar y coordinar el SEIA es el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), para que al final del proceso el proyecto sea evaluado por la Comisión de Evaluación Ambiental (CEA) establecida en el artículo 86 de la LBMA.⁸⁶

De acuerdo al inciso 2° del artículo 8 de la LBME, mediante la tramitación de un proyecto en el SEIA el titular gestiona todas las autorizaciones ambientales que otorgan los órganos del Estado, en un sistema que opera como “ventanilla única” de permisos ambientales.

El proceso de evaluación concluirá con una resolución que califica ambientalmente (RCA) el proyecto o actividad, tras la cual el proyecto puede, o no, ser materializado.

a. Regulación del derecho a la consulta indígena frente a los proyectos de inversión

El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 40 de 2012, contiene las normas sobre consulta a los pueblos indígenas para proyectos de inversión sometidos a él. Los contenidos sustantivos de este DS no se corresponden con los estándares establecidos en el Convenio 169 de las OIT. Ello en particular por cuanto: 1) Se limita la procedencia de la consulta previa solo a proyectos de alto impacto evaluados por vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA), considerando que solo existe susceptibilidad de afectación cuando los proyectos contemplan reasentamiento de comunidades humanas (artículo 7 reglamento); alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 7 reglamento); localización en o próxima a territorios indígenas y valor ambiental del territorio (artículo 8 reglamento); y cuando dicho proyecto represente una alteración del patrimonio cultural (artículo 10). Por otro lado no se considera que exista dicha susceptibilidad cuando hay riesgo para la salud de la población; o efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables, valor paisajístico o turístico (artículo 11 Ley N° 19.300); 2) Se restringe la consulta a casos de afectación directa, lo que es determinado *a priori* por la autoridad excluyendo de ésta a los proyectos ingresados al SEIA por vía de Declaración de Impacto Ambiental (DIA) (artículos 27 y 86, RSEIA); 3) Se encarga el diseño y desarrollo de los procesos de consulta en forma exclusiva al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), sin incorporar a los pueblos interesados (artículo 85, RSEIA); 4) Se descarta expresamen-

⁸⁶ La CEA se encuentra conformada por: el Intendente regional, quién la presidirá, y los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario.

te y *a priori* la necesidad de consentimiento previo en cualquier circunstancia; 5) Para aquellos casos en que no proceda la consulta (proyectos de bajo impacto ambiental y/o de afectación indirecta) establece una instancia facultativa de diálogo, cuya realización es prerrogativa de la autoridad (artículo 86 RSEIA); 6) Sujeta la proscripción del traslado forzado a la legislación sectorial vigente; 7) Y no establece medidas apropiadas para la participación de los pueblos indígenas en el procedimiento de participación ciudadana, en particular en lo que se refiere a la obligación de presentar las observaciones por escrito, sin contemplar mecanismos alternativos de registro.

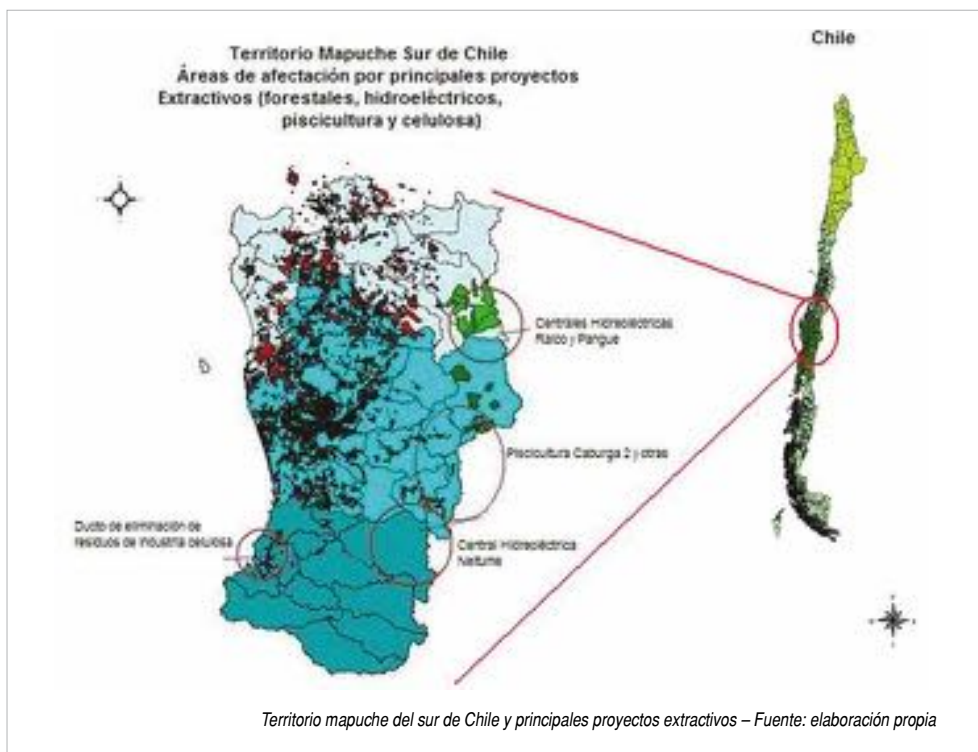
Es por ello que más que procesos de consulta a los pueblos indígenas propiamente tales, el mecanismo

establecido por el Reglamento en análisis debe ser considerado como una forma de socialización de los proyectos de inversión con implicancias ambientales, a través de los cuales se difunde información sobre estos. Ello se evidencia en la disposición del Reglamento (inciso 3° del artículo 85) que establece que “[e]n el proceso de consulta [...] participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta”. Ello implica que, de no llegarse a acuerdo con los pueblos indígenas respecto a dichos proyectos, estos igualmente podrían ser aprobados por la autoridad ambiental. ○

III. ANÁLISIS DE CASOS DE AFECTACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE POR LA ACTIVIDAD DE EMPRESAS

Como se señalara anteriormente, en las últimas décadas, en el contexto de la apertura del Estado de Chile a la economía mundial y de la normativa liberal vigente sustentada en la Constitución Política de la República de 1980, las tierras y territorios de propiedad legal y/o ancestral de comunidades mapuche se han visto afectadas por la proliferación de proyectos de inversión de empresas tanto extractivas como productivas o de infraestructura, nacionales y transnacionales. Tales inversiones, entre las cuales destacan las de carácter hidroeléctrico, forestal y de salmonicultura, se han realizado sin asegurar la protección de los derechos que el pueblo mapuche, como pueblo indígena, tiene a la luz de la normativa internacional y de las directrices aplicables a la actividad empresarial. En la afectación

de derechos de este pueblo se puede identificar tanto la responsabilidad del Estado chileno como aquella de las empresas titulares de dichos proyectos de inversión. A continuación ejemplificaremos esta realidad en tres casos específicos, identificando en cada uno de ellos las características del proyecto de inversión, la empresa involucrada, las comunidades y los derechos afectados. En cada caso se identifica además la responsabilidad que a nuestro entender corresponde tanto al Estado como a los titulares de los proyectos de inversión, y la existencia o no de mecanismos efectivos para la reparación o mitigación de derechos, siguiendo para estos efectos los lineamientos de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.





Palenque Nguillatuhue, lago Neltume – Fuente: Hernando Silva, 2010

1. Proyecto central hidroeléctrica Neltume

1.1 El proyecto

El proyecto Central Hidroeléctrica Neltume que se propone construir en el lago del mismo nombre se emplaza en la comuna de Panguipulli en la Región de Los Ríos, en el centro sur de Chile. Dicho proyecto considera la construcción de una bocatoma para captar las aguas del río Fuy, las que luego serían conducidas hasta la caverna de máquinas mediante una obra de aducción subterránea de aproximadamente 10 kilómetros de longitud. La caverna de máquinas sería subterránea y se ubicaría a aproximadamente 700 metros del borde oriental del lago Neltume, donde luego de pasar por las turbinas, las aguas serían descargadas para generar energía (497 MW). Cabe mencionar que en dicho

sector habitan tres comunidades mapuche, y existe un complejo ceremonial, compuesto por un *nguillatuhue*⁸⁷ y un cementerio indígena.⁸⁸

El proyecto considera además la construcción de una línea de transmisión eléctrica para conectar la energía generada por la central al Sistema Interconectado Central. El trazado de dicha línea de alta tensión, proyecto denominado “Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullin-

87 Sitio sagrado para el pueblo mapuche donde se realiza la ceremonia del *nguillatun*.

88 *Estudio de Impacto Ambiental Central Hidroeléctrica Neltume*, Capítulo 1 Antecedentes y Descripción del Proyecto.

que” atravesaría las tierras de propiedad legal y ancestral de diversas comunidades del territorio, cuya tramitación ambiental se realiza por separado de la Central Hidroeléctrica Neltume.

Tal como lo ha reconocido el propio titular del proyecto, la descarga de las aguas de la central al lago Neltume producirá un aumento variable en su nivel, lo cual, como reconoce a su vez la autoridad ambiental, aumentará la frecuencia y duración de las inundaciones en el sector de Tranguil, afectando también el camino que conecta a los habitantes del sector.⁸⁹ Más aún, dicha variación del nivel del lago provocará también una “inundación temporal y parcial de la cancha de *Nguillatun* que se ubica en la ribera del lago Neltume, para le época en que habitualmente se celebra la ceremonia [del *Nguillatun*]”.⁹⁰

El *nguillatuhue* es el lugar en que se lleva a cabo la más importante ceremonia mapuche, por lo que tiene una gran significación cultural. Cabe señalar que dicho *nguillatuhue* es fundamental no solo para el *lof*, organización socio-territorial tradicional mapuche, sino que para todo el territorio que comprende las comunidades de Río Hueico, Tranguil y Punahue, pues todas ellas comparten desde tiempos inmemoriales espacios sagrados y de identidad común. Esta cuestión también ha sido expresamente reconocida por la autoridad ambiental.⁹¹ Por ello, la inundación “temporal” del Complejo Ceremonial de Lago Neltume, incluido el *nguillatuhue*, es de la máxima gravedad.

La descarga de las aguas también amenaza el humedal del Río Cua Cua, en el sector de Tranguil, sistema hídrico que nutre al lago Neltume en el que habitan diversos productores agrícolas y ganaderos, mapuche y no mapuche. Esto por cuanto el aumento del nivel de las aguas del lago provocaría la devolución de aguas a dicho humedal.⁹²

Por otra parte, el proyecto amenaza seriamente las actividades productivas de carácter turístico que las comunidades del sector vienen desarrollando en los últimos años, actividades que proveen de ingresos fundamentales para la economía de las familias que las integran.

1.2. Comunidades afectadas

El proyecto se emplaza en el lago Neltume, el que se encuentra rodeado por las comunidades mapuche Valeriano Cayicul, Juan Quintomán y la Comunidad Inalafquen, todas las cuales se ven afectadas por el aumento de la cota de inundación del Lago Neltume, lo que implica una seria amenaza a sus derechos culturales, ambientales y productivos. Además, el aumento de la cota de inundación del Lago Neltume traería consecuencias directas al humedal del río Cua Cua, en el cual se emplazan diversas comunidades mapuche del territorio de Tranguil y Reyehueico como Inocente Panguilef, Lorenzo Carimán, Enrique Quisulef, Antonio Curiñanco y Coltue. Estas comunidades se verían afectadas por el aumento de la zona de inundación del humedal y la alteración de las condiciones ambientales de éste.

1.3. Empresa responsable del proyecto

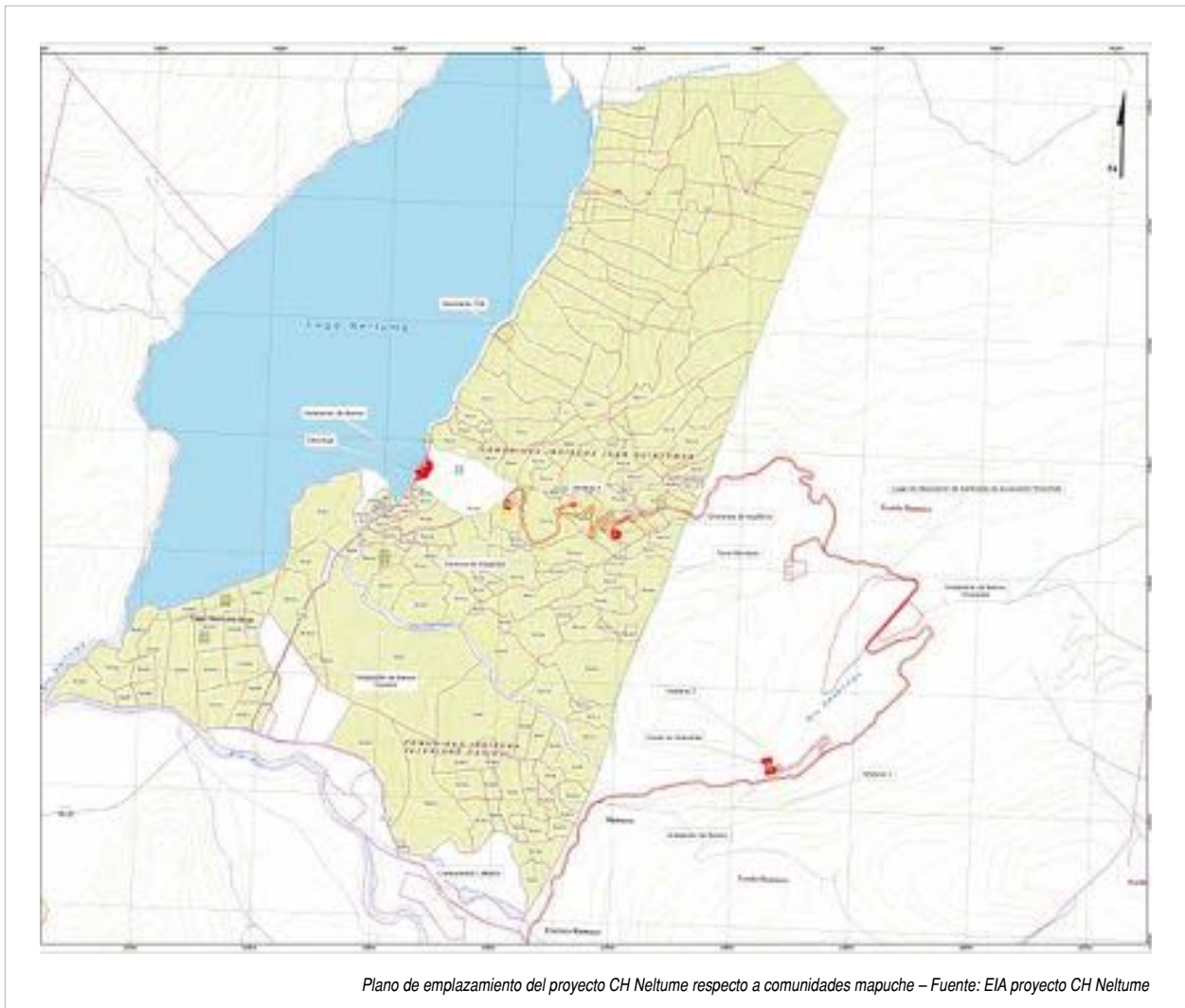
El proponente del proyecto es la Empresa Nacional de Electricidad Sociedad Anónima (ENDESA o ENDESA Chile), empresa de generación eléctrica chilena, filial de ENERSIS y subsidiaria de la empresa italiana ENEL (Ente Nazionale per l'Energía Elettrica). ENDESA Chile surgió originalmente en la década de los cuarenta como una empresa estatal de generación eléctrica. Sin embargo, a fines de los años ochenta inició un proceso de privatización que llevó a que en el año 1997 fuese adquirida por la empresa transnacional ENDESA España, la que a su vez fue adquirida por la empresa de generación ENEL. Cabe señalar que ENEL es hoy la mayor empresa italiana del sector energético, y la tercera de Europa por capitalización bursátil.

89 Resolución exenta N° 002 del 29 de abril de 2013, en <http://seia.sea.gob.cl/archivos/DOC300413-30042013.pdf>

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*

92 *Estudio de Impacto Ambiental Central Hidroeléctrica Neltume*, capítulo 4 Predicción y evaluación del Impacto Ambiental.



3.14. Afectación de derechos

Como se mencionara previamente, el aumento de la cota de inundación del lago Neltume y del humedal del río Cua Cua como consecuencia de la construcción de la central, traería consigo serias consecuencias para las comunidades mapuche que habitan en dicho territorio. En primer término, la inundación supuestamente temporal del complejo ceremonial de lago Neltume, incluido el *nguillatuhue*, implica una grave amenaza para los derechos religiosos y culturales de dichas comunidades. Ello por cuanto se trata de su principal sitio de significación cultural y sería inundado, impidiéndose el ejercicio de su religiosidad.

Por otra parte, el aumento de las aguas del lago Neltume provocaría la devolución de aguas a al humedal del río Cua Cua, generando la pérdida de terrenos agrícolas utilizados por agricultores mapuche y no mapuche, lo que significa una amenaza a sus actividades productivas, y la biodiversidad del territorio. Por otro lado, el proyecto amenaza seriamente las actividades productivas de las comunidades del territorio, principalmente aquellas de carácter turístico que éstas han ido impulsando en los últimos años, las que se desarrollan en la zona de orillas del lago Neltume que serían afectadas por las inundaciones que la central produciría.

Considerando el Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile en 2008, y vigente desde 2009, los principales derechos que identificamos han sido -o serían- violados a las comunidades mapuche afectadas por el proyecto Central Hidroeléctrica Neltume incluyen;

- El derecho de los pueblos indígenas a la “propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14. 1).
- El derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, lo que comprende “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).
- El derecho al respeto por parte del Estado de “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13. 1).
- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6.1).
- El derecho a “participar [...] en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (artículo 15.3).
- El derecho de estos pueblos a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (artículo 7.1).

- El derecho al “reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y debiendo tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” (artículo 5 letra a).
- El derecho a que “se adopten medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (artículo 7.4).
- El derecho de estos pueblos a la “protección contra la violación de sus derechos”, y a “poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos” (artículo 12).

1.5. Análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado y las empresas

Siguiendo el ordenamiento propuesto por los Principios Rectores antes referidos, en este caso podemos constatar el incumplimiento por parte del Estado chileno de la obligación de proteger los derechos humanos, así como del deber de la empresa titular del proyecto de respetar los derechos de las comunidades mapuche directamente afectadas por éste. También constatamos la inexistencia de mecanismos efectivos para impedir, reparar y mitigar la violación derechos humanos como consecuencia de la construcción de la central.

1.5.1. Obligación del Estado de proteger los derechos humanos

Respecto al deber del Estado de proteger los derechos humanos consideramos que en este caso el Estado chileno incumplió su obligación de hacer cumplir las leyes que tienen por objeto hacer respetar los derechos humanos de pueblos indígenas por parte de las empresas. Ello en particular al no velar por la efectiva implementación del derecho de consulta previa indígena en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT. En efecto, el proyecto está siendo evaluado por la autoridad ambiental

a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) presentado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por ENDESA-ENEL, en diciembre de 2010.

Es en el contexto del EIA que las comunidades del territorio afectadas por el proyecto, con el apoyo del Parlamento Mapuche de Koz Koz, organización territorial mapuche de la comuna de Panguipulli, junto a diversas organizaciones de sociedad civil, han manifestado su visión y preocupaciones, dando cuenta de las numerosas afectaciones que implica el proyecto para sus modos de vida y cultura. Producto de dichas reclamaciones, y teniendo presente la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Chile en el sentido de que la participación ciudadana prevista en la legislación ambiental no satisface el derecho de consulta a los pueblos indígenas frente a medidas administrativas –como las recaídas en los procesos de evaluación ambiental en proyectos de inversión– al amparo del Convenio 169 de la OIT, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de la región de Los Ríos dio inicio, en abril de 2013, a un proceso de consulta indígena en el marco de la calificación ambiental del proyecto.

De acuerdo a lo dispuesto en este caso por el SEA de Los Ríos, dicho proceso de consulta previa indígena sería realizado “de conformidad con los estándares del Convenio 169 de la OIT”, incluyendo “a las Comunidades, Pueblos y grupos humanos indígenas que se encuentren dentro de su área de influencia y sean susceptibles de ser afectados los proyectos”.⁹³ La resolución del SEA disponía también que los plazos, mecanismos y alcances de dicho proceso de consulta serían consensuados con aquellas comunidades, pueblos y grupos humanos indígenas involucrados.

No obstante, el SEA de la Región de los Ríos lejos de llevar a cabo el proceso de consulta indígena de buena fe, ha impulsado una intervención sistemática en el territorio, ejerciendo presiones a los dirigentes de las comunidades afectadas para participar en él, intervención que ha estado asociada a hostigamientos, prácticas divisorias, desconocimiento de acuerdos, y a la im-

sición de plazos no consensuados con las comunidades. Además, se ha desconocido a las organizaciones representativas del territorio, en particular al Parlamento Mapuche de Koz Koz, el cual ha sido arbitrariamente excluido del proceso de consulta.

Dicho proceso ha contado principalmente de reuniones, dirigidas por el SEA de Los Ríos, en el que han participado las comunidades consultadas (Juan Quintumán, Valeriano Cayicul, Inocente Panguilef, Colotúe, Lorenzo Carimán, Manuel Curilef y Trigüe Cuicui), las cuales han consistido esencialmente en la entrega de información por parte del SEA a dichas comunidades. Las reuniones han tenido una dinámica fundamentalmente expositiva hacia las comunidades, sin que éstas tengan mayor injerencia respecto a la aprobación o rechazo del proyecto, o incluso en la definición de los términos de la posible Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del mismo. El proceso de consulta ha sido concebido más bien como una instancia mediante la cual se ha buscado apresurar la definición de las compensaciones económicas a las comunidades por la instalación del proyecto.

Producto de las serias falencias presentadas y la gran brecha respecto al estándar internacional del derecho a la consulta antes explicitado en este informe, el proceso de consulta llevado adelante por el SEA de Los Ríos ha sido cuestionado por las comunidades opositoras al proyecto. Por esta razón, en diciembre de 2013 las comunidades Inocente Panguilef, Inalafken y el Parlamento de Koz Koz presentaron al SEA una propuesta de consulta previa indígena. Dicha propuesta incorporaba diversos elementos procedimentales y de fondo para su realización de conformidad al estándar internacional especialmente en lo relativo a: 1) la necesidad de un levantamiento de información imparcial y adecuado de los efectos del proyecto en el modo de vida de las comunidades afectadas; 2) y a que en caso de que existan afectaciones significativas al modo de vida de las comunidades fuese requerido el consentimiento de éstas para la aprobación del proyecto. La propuesta, además, demandó la incorporación del Parlamento Mapuche de Koz Koz al proceso de consulta, en su calidad de organización tradicional mapuche que representa a las comunidades de la comuna de Panguipulli.

93 Resolución exenta N° 002 del 29 de abril de 2013, en <http://seia.sea.gob.cl/archivos/DOC300413-30042013.pdf>

Es en este contexto que la comunidad Inalafken decidió no participar de este proceso mientras no se incorporase el estándar del consentimiento de las comunidades respecto al proyecto como contenido mínimo del proceso de consulta. Por su parte las comunidades Lorenzo Carimán y Manuel Curilef, decidieron no continuar en el proceso de consulta, producto de que este no cumplía con los estándares mínimos. Las comunidades Inocente Panguilef y Valeriano Cayicul, han decidido participar en la mesa de Consulta manifestando su oposición al proyecto.

En febrero de 2014, el SEA de la región de Los Ríos notificó a la comunidad Inalafken, a la comunidad Inocente Panguilef y al Parlamento Mapuche de Koz Koz de su respuesta a los requerimientos presentados por las comunidades recurrentes referidas a su propuesta de consulta previa indígena. Sin ser categórica en el rechazo de dichos requerimientos, no se accede a ninguno de los puntos por ellos solicitados. Respecto a la solicitud de iniciar un procedimiento sobre la base de la propuesta presentada por los recurrentes, dentro de los cuales se considera la incorporación del Parlamento mapuche de Koz Koz al proceso de consulta, el SEA la rechazó, manifestando que ya existe un proceso en curso el que habría sido consensuado con las demás comunidades consultadas y que, por tanto, solo puede seguir de la forma ya definida.

Respecto a la solicitud de la necesidad de un levantamiento de información imparcial y adecuada de los efectos del proyecto en el modo de vida de las comunidades afectadas, la cual es entendida por el SEA solo como una solicitud de recursos para contratar técnicos, ésta fue rechazada, respondiendo que ello únicamente puede ser realizado en el contexto del proceso de consulta que está en marcha y a requerimiento exclusivo de las comunidades que participan en dicho proceso. La misiva, además, hace referencia a la complejidad de disponer de fondos públicos para acceder a los equipos técnicos requeridos por las recurrentes, pese a que existen casos en otras regiones del país.⁹⁴ También desestima el requerimiento de informes accesorios de organismos públicos especia-

lizados, argumentando que estos ya habían manifestado sus observaciones en diversas etapas de la evaluación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Neltume.

Tras el rechazo de la propuesta presentada por las mencionadas comunidades, el SEA ha continuado realizando sus reuniones de consulta, excluyendo de la participación en éstas a la comunidad Inalafken.⁹⁵

Todo lo anterior evidencia que el Estado de Chile en este caso ha incumplido con los estándares del Convenio 169 de la OIT en materia de derecho de consulta. En efecto, las *consultas no han sido realizadas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y con el fin llegar a un acuerdo como la Corte IDH señalara en su sentencia en el caso de Sarayaku vs. Ecuador*. Además, tampoco ha tenido presente las directrices establecidas por la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de proyectos de inversión en sus sentencias en el caso *Saramaka vs. Surinam*. Recordemos que en este fallo la Corte estableció en relación a los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios indígenas —como es el caso del proyecto Central Neltume— que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlos de manera apropiada, sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones. Asimismo tienen derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia, cuestión que hasta ahora no ha sido planteada por el Estado.

El Estado chileno no ha garantizado además que los estudios de impacto ambiental sean realizados por entidades independientes, y con una fiscalización adecuada, como también ordenara la Corte IDH en el caso de *Sarayaku vs. Ecuador*. Ello toda vez que de acuerdo a la legislación ambiental vigente en Chile, dichos estudios son realizados por entidades contratadas por las em-

94 Es el caso de la vecina Región de la Araucanía en donde el SEA de dicha región ha comprometido recursos para que las comunidades afectadas por el Proyecto Central hidroeléctrica Añihuarráqui, también mapuche, puedan contar con el apoyo técnico necesario para participar del proceso de consulta.

95 *Diario Austral de Valdivia*, "Comunidades mapuches acusan supuesto vicio en la consulta por Central Neltume, 30 de diciembre de 2014, pág. 5, en <http://www.australvaldivia.cl/impresa/2014/12/30/papel/>

presas proponentes, las que por lo mismo carecen de toda independencia en el desempeño de sus funciones.

Finalmente, se debe señalar que el Estado también ha incumplido sus obligaciones en materia de derechos humanos al no evaluar la legislación vigente, en particular las leyes sectoriales que permiten la apropiación por privados de recursos naturales como el agua, y la legislación ambiental (Ley 19.300) que dispone que los EIA son realizados por empresas carentes de independencia contratados por las empresas, y la ley indígena (ley 19.253) que no brinda adecuada protección a sus recursos naturales y a sitios de significación cultural de los pueblos indígenas, como el *nguillaue*, de modo de asegurar la protección efectiva de los derechos de las comunidades mapuche afectadas por este proyecto de central hidroeléctrica.

1.5.2. Deber de la empresa de respetar los derechos humanos

El análisis del comportamiento de la empresa transnacional ENDESA-ENEL en el caso del proyecto Central Neltume permite constatar que ésta no ha cumplido con su obligación de respetar los derechos humanos, al no evitar que su actuación resulte en la vulneración de los derechos de las comunidades mapuche directamente afectadas por el proyecto. En efecto, dicha empresa no ha tenido la debida diligencia ni hecho evaluación del impacto real y potencial de su proyecto sobre los derechos humanos de las comunidades mapuche afectadas.

Así por ejemplo, no ha tenido en consideración la afectación que la Central tendría sobre los derechos de las comunidades sobre sus tierras, territorios y recursos de ocupación tradicional, ni sobre su integridad cultural. Todo ello se evidencia en el EIA contratado por la empresa, el que contiene información parcial y errónea que desconoce y desvaloriza espiritualidad y los elementos sagrados de la religiosidad mapuche

La empresa tampoco ha tenido buena fe en su proceder con las comunidades. Así, desde su llegada al territorio en el año 2007, ha desplegado una serie de las malas prácticas que van desde el ingreso de sus trabajadores a tierras indígenas sin autorización, a la difusión cons-

tante de información falsa e intencionadamente errónea respecto a los impactos que generará el proyecto.⁹⁶ Asimismo, la empresa ha incurrido en la cooptación de voluntades para obtener el apoyo de miembros de las comunidades a su proyecto, valiéndose de la precaria condición económica de las familias.

La misma empresa ha buscado a su vez el apoyo de miembros de comunidades mapuche cercanas y de organizaciones sociales y localidades aledañas al área de influencia del proyecto. Todo esto ha ocasionando graves conflictos y divisiones entre las comunidades del sector. De hecho, producto de las tensiones generadas la Comunidad Juan Quintumán se ha escindido en dos, creándose la Comunidad Inalafkén para la defensa del territorio.

Tampoco la empresa ha propuesto a las comunidades mapuche afectadas por el proyecto formas de participación razonable en los beneficios que la central generaría en caso de ser aprobada, de conformidad con el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*. Por todo lo anterior es que concluimos que la empresa ENDESA-ENEL no ha cumplido en este caso con su obligación de respetar los derechos humanos.

1.5.3. Mecanismos para impedir o mitigar violación de derechos humanos

A pesar de que las comunidades mapuche hicieron ver en el marco de la evaluación de impacto ambiental las múltiples y graves afectaciones que, de ser aprobado el proyecto central Neltume generaría a sus derechos, este ha seguido adelante en su tramitación ambiental. Los recursos administrativos interpuestos ante la autoridad ambiental en el contexto del EIA no han encontrado hasta ahora acogida. Por otra parte, el proceso de consulta previa indígena de este proyecto impulsado por el SEA de la Región de Los Ríos dista, como se ha señalado, del estándar internacional.

⁹⁶ Un ejemplo de ello es la invisibilización propiciada por la empresa respecto a las comunidades que serían afectadas por la inundación.

Ello motivó a las comunidades del territorio a interponer, en 2014, un recurso de protección constitucional ante la Corte de Apelaciones de Valdivia en contra del SEA de los Ríos, impugnando la respuesta negativa a la propuesta de consulta previa indígena por ellas presentada a dicho servicio.⁹⁷ El recurso fue rechazado por esta Corte, la que desestimó los argumentos de las comunidades, señalando que el acto administrativo no tenía el carácter de ilegal y arbitrario que se requiere para su impugnación. La sentencia de la Corte fue apelada ante la Corte Suprema, la que más tarde confirmó el rechazo al recurso.⁹⁸

Si bien aún existe la posibilidad de que al término del proceso de consulta las comunidades afectadas presenten nuevas acciones judiciales para la impugnación del proyecto, en caso de que este sea aprobado por el SEA, los mecanismos existentes no han sido hasta la fecha efectivos para garantizar la protección de sus derechos amenazados. Cabe señalar al respecto que los órganos del SIDH han señalado que los pueblos indígenas tienen derecho a que existan mecanismos administrativos y judiciales efectivos y pertinentes para garantizar y proteger sus derechos. Así, la Corte IDH ha señalado en el caso del pueblo *Saramaka v.s Surinam* que la legislación estatal debe proporcionar “un recurso adecuado y efectivo contra actos que violan los derechos a la propiedad comunal de los integrantes del pueblo [indígena o tribal respectivo]”.⁹⁹ En el caso de la

comunidad de *Awás Tingni vs. Nicaragua* la CIDH ha señalado que “[la] legislación doméstica de los Estados debe establecer un recurso judicial efectivo, destinado a proteger las legítimas reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas; la ausencia de dichos recursos, o su ineffectividad, constituye una violación de los artículos 8, 25, 2 y 1.1 de la Convención Americana”.¹⁰⁰

Finalmente se debe dejar constancia que, contrariando lo dispuesto por los PR de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la empresa proponente no cuenta con mecanismos para la reclamación por parte de las comunidades afectadas frente a la violación de derechos humanos que resulten de sus actividades. Ello ha llevado a dos representantes del Parlamento de Koz Koz a viajar a Italia, uno en abril de 2012,¹⁰¹ y el otro en mayo de 2013 para realizar allí, en el marco de juntas de accionistas de ENEL, hoy propietaria de ENDESA una denuncia pública por la situación que afecta a las comunidades mapuche como consecuencia de la central Neltume, denuncia que no ha sido atendida a la fecha.

2. Proyecto ducto de eliminación de residuos industriales de planta de celulosa de la empresa CELCO en la Bahía de Maiquillahue

2.1. El proyecto

A mediados de la década de los noventa la pequeña localidad costera de Mehuín,¹⁰² ubicada en la región de Los Ríos, en el sur del país, tomó conocimiento de los trabajos realizados en el río Lingue, que desemboca al

97 En este recurso los recurrentes solicitaron que se ordenase al SEA de la Región de Los Ríos acoger la propuesta de consulta previa indígena presentada para dar inicio a un nuevo proceso de consulta en el marco de la evaluación y calificación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Neltume, que incorporase el estándar internacional sobre consulta indígena contenido tanto en el Convenio 169 OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Alegaron: a) la necesidad de un levantamiento de información imparcial y adecuada de los efectos del proyecto en el modo de vida de las comunidades afectadas; y b) que en caso de que existan afectaciones significativas al modo de vida de las comunidades sea requerido el consentimiento de éstas para la aprobación del proyecto, referidos en la propuesta presentada por las comunidades y organización recurrente, debiendo para ello, además, dejarse sin efecto el proceso de consulta indígena que actualmente lleva adelante el SEA la Región de Los Ríos, en el marco de la evaluación y calificación ambiental del proyecto Central Hidroeléctrica Neltume (Rol Corte de Apelaciones de Valdivia 147-2014).

98 Rol Corte Suprema: 12450-2014.

99 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 182.

100 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 74(b).

101 Paillan, Elias, *Dirigente mapuche de Panguipulli denuncia actuar de empresa ENEL-ENDESA por proyecto central Neltume: En Europa*, abril 2012, disponible en <http://www.observatorio.cl/2012/dirigente-mapuche-de-panguipulli-denuncia-actuar-de-empresa-enel-endesa-por-proyecto-de-central>

102 Mehuín es una localidad ubicada a 800 km al sur de Santiago. En la lengua del pueblo mapuche hace referencia a un lugar donde se deposita guano o estiércol.



Playa de Mehuín durante una manifestación "No al Ducto", 2009 – Fuente: José Aylwin

mar, por parte de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A (CELCO S.A.) para la instalación de un ducto para los residuos industriales de una planta de celulosa que dicha empresa pretendía instalar en la vecina localidad de San José de la Mariquina. Desde entonces las comunidades mapuche y de pescadores del área se unieron en un Comité de Defensa de Mehuín, logrando que la autoridad ambiental rechazara el proyecto de ducto al mar propuesto por CELCO en dicha localidad. Ello llevó al Estado a autorizar en cambio su instalación en el río Cruces, un humedal declarado Santuario Natural, el río que cruza la ciudad de Valdivia, capital de la Provincia del mismo nombre.

Los malos olores y la muerte masiva de cisnes de cuello negro en el río Cruces,¹⁰³ generados desde la puesta en marcha de la planta de celulosa de Valdivia de CELCO el año 2004, llevaron en 2006 al gobierno a obligar a la empresa a buscar otra salida para sus efluentes, lo que a su vez llevo a CELCO a reponer la propuesta de la salida al mar a través del antiguo trazado del ducto hacia Mehuin.

103 El cisne de cuello negro se convirtió en un símbolo de la lucha ambiental del país. En julio de 2013, la empresa Arauco S.A., propietaria de CELCO, fue condenada por los tribunales de justicia por la contaminación del río. Más información disponible en: http://www.accionporloscisnes.org/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=29

El proyecto en cuestión, denominado “Sistema de Conducción y Descarga al mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia”,¹⁰⁴ pretende, en lo sustancial, como se señala en sus objetivos “la instalación y operación de un sistema de conducción terrestre y submarino, para la disposición final en el mar, mediante un difusor submarino de las aguas residuales industriales tratadas de Planta Valdivia”. Específicamente, el trazado del sistema de conducción de efluentes tratados de Planta Valdivia se desarrollaría entre la citada planta y la Bahía Maiquillahue. El aludido proyecto ingresó al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). El sistema de conducción terrestre culminaría en la Bahía Maiquillahue, específicamente, en el sector de Mehuín, ubicado en el lado norte de la desembocadura del río Lingue. En este punto se conectará a un sistema de conducción submarino de 2.075 metros de extensión, que descargará las aguas residuales industriales tratadas de Planta Valdivia mediante un difusor a una profundidad de 18 metros, fuera de la Zona de Protección Litoral.¹⁰⁵ Dicho proyecto implica una seria amenaza de los derechos territoriales, culturales y económicos de las comunidades mapuche-lafkenche de la comuna de San José de Mariquina, dado que se eliminarán los residuos industriales líquidos de la planta contaminando el territorio marítimo de las comunidades indígenas ribereñas y, consecuentemente, los recursos naturales que sirven de sustento a dichas comunidades o y estructuran sus sistema de vida y costumbre.

2.2. El territorio y las comunidades afectadas

El sector en donde se emplazará el proyecto es parte del territorio ancestral de las comunidades mapuche-lafkenche. Los lafkenche (gente del mar), son mapuche que se ubican cerca de porciones de agua (lagos, ríos, mares). Por lo mismo, el espacio acuífero forma parte de su territorio y es elemento esencial no solo de su

economía, sino también de su cosmogonía en general. En la actualidad, a partir de las figuras creadas por la ley 19.253 de 1993, en este mismo espacio territorial hay 24 comunidades indígenas y 20 asociaciones indígenas, cuyas formas de vida (económica, religiosa, social y cultural) e identidad cultural se vinculan estrechamente tanto al río Lingue como a la bahía de Maiquillahue en la que el proyecto contempla la desembocadura final del emisario de descarga.

Elo supone un grave e irreversible daño ambiental sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales de las comunidades indígenas, amenazando seriamente los elementos fundamentales –aguas, tierras, bosques– que sustentan su cultura. Las comunidades más afectadas por el proyecto son las de Chan Chan, Alepue, Mehuín, Villa Nahuel, Misisipi, Tringlo, Yeco, Quillalhue y Puringue.

2.3. La empresa responsable del proyecto

La Empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. (CELCO), pertenece a Forestal ARAUCO, principal empresa forestal de Chile. Actualmente CELCO tiene presencia en Argentina, Uruguay, Brasil, Perú, Colombia, Venezuela, México, Europa, Australia y China, ya sea para operaciones productivas o comerciales. Al año 2009, 45% de sus ventas fueron a China y cerca del 70% al área asiática, siendo Europa el segundo destino continental más relevante con un 16% de los envíos.¹⁰⁶

Arauco es hoy la segunda más grande exportadora de celulosa del mundo luego de la brasileña Fibria.¹⁰⁷ De 605 mil toneladas que producía en 1990, pasó en 10 años a 1,83 millones de toneladas y, en 20 años, a 4,53 millones de toneladas.¹⁰⁸ Dicho éxito se explica por dos antecedentes muy relevantes: los subsidios obtenidos del Estado chileno a través del DL 701 antes referido y las ventajosas condiciones ambientales que permiten el rápido crecimiento de las plantaciones en Chile.

104 Al respecto en la prensa de la época trascendió la oposición del movimiento ambiental frente a las propuesta estatal de construir un ducto al mar, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2005/08/05/191207/ambientalistas-rechazan-idea-de-lagos-de-lanzar-desechos-de-celco-al-mar.html>

105 *EIA proyecto Sistema de Conducción y Descarga al mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia*, Capítulo 2: Descripción del Proyecto.

106 En www.arauco.cl/_file/file_3143_pulp%20catalog.pdf

107 En www.svs.cl/documentos/pueag/crcrri/recrri_2013120115743.pdf

108 En <http://diario.latercera.com/2011/12/08/01/contenido/negocios/10-93187-9-arauco-aumentara-en-30-produccion-de-celulosa-hacia-2014.shtml>



Plano de Emplazamiento del proyecto ducto de eliminación de residuos industriales de planta de celulosa de la empresa CELCO en la Bahía de Maiquillahue – Fuente: EIA del proyecto

2.4. Afectación de derechos generada por el proyecto

El trazado del ducto proyectado comprende un tramo de conducción terrestre que tendrá una extensión aproximada total de 36,9 km. En éste, se comprende un tramo que pasa por terrenos de 30 propietarios indígenas mapuche-lafkenche, de carácter individual, cuya propiedad fue constituida mediante la entrega de títulos gratuitos del Ministerio de Tierras y Colonización en el marco de la Ley de Propiedad Austral a partir del año 1931.

Esto constituye una violación del derecho de propiedad de los pueblos indígenas tanto en su carácter individual como en el colectivo. En lo individual, es claro, pues se pretende la instalación, por medio de la constitución de servidumbres, del emisario de descarga por predios pertenecientes a personas mapuche. Y si bien se requiere de la voluntad de los propietarios para su establecimiento, debe tenerse conciencia de la situación de

precariedad socioeconómica en la que viven los mapuche de esta zona, lo que impide considerar que su eventual aceptación sea libre. En cuanto a la dimensión colectiva, se debe considerar que si bien la titulación de la tierra es individual, estas forman parte de un territorio indígena y, por lo tanto, existe un uso colectivo del mismo espacio.

Por su parte, el proyecto se localiza próximo a diversos sitios de significación cultural de gran relevancia para las comunidades mapuche-lafkenche de la Bahía de Maiquillahue, entre los que se encuentran un *tren-tren* (cerro mitológico que hace referencia a una serpiente de tierra que se eleva para escapar de las aguas), dos *wingkul* (cerros), dos canchas de *nguillatue* (espacio ceremonial sagrado mapuche para la realización del *nguillatún*) y tres cementerios. Por lo tanto, el proyecto implica también una amenaza para los derechos culturales y religiosos de las comunidades del territorio.

Junto a lo anterior, las comunidades mapuche-lafkenche de la comuna de San José de Mariquina, han desarrollado un conjunto de actividades productivas vinculadas con la utilización del borde costero, principalmente la pesca, el turismo, la explotación de los recursos bentónicos (áreas de manejo), la recolección de algas, los usos de carácter espiritual del borde costero, los usos recreativos de éste. Se trata de actividades compatibles entre sí, y que han permitido hasta hoy la conservación del medio ambiente natural y cultural de estas comunidades. La construcción de un emisario submarino de eliminación de los rilesindustriales de la Planta de Celulosa Valdivia, amenaza seriamente la vocación productiva del territorio que dichas comunidades han definido a lo largo del tiempo.¹⁰⁹

Cabe señalar que al momento de presentarse el proyecto por la empresa al SEIA, la comunidad Rayen Lafquen se encontraba tramitando ante la autoridad competente, Subsecretaría de Pesca (SUBPESCA), una solicitud de constitución de Espacio Costero Marítimo de los Pue-

blos Originarios (ECMPO) en ejercicio de los derechos conferidos por la Ley 20.249, mediante los cuales se reconoce a las comunidades el derecho preferente al uso del borde costero fundado en el uso consuetudinario que los pueblos indígenas desarrollan en él. Es importante dar cuenta, que hasta la fecha han sido ingresadas por diversas comunidades y asociaciones indígenas mapuche-lafkenche de la comuna de San José de Mariquina, cinco solicitudes de ECMPO que abarcan la Bahía de Maiquillahue. Por tanto, la instalación del proyecto en cuestión, también implica una afectación sobre los derechos de las comunidades sobre el borde costero.

Considerando el Convenio 169 de la OIT, los principales derechos que han sido violados a las comunidades mapuche-lafkenche afectadas por la posible construcción del ducto incluyen;

- El derecho de los pueblos indígenas a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (artículo 7.1).
- El derecho de dichos pueblos al desarrollo de “las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados”, como la pesca, y, estipula que “deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos” (artículo 23.1).
- El derecho de los pueblos indígenas a la “propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14. 1).
- El derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, los que comprenden “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).

¹⁰⁹ Petición presentada ante la Comisión IDH en 2011 por comunidades mapuche lafkenche (Comunidades Lafkenche, habitantes de la Comuna de San José de la Mariquina, P-493-11).

- El derecho al respeto por parte del Estado de “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13. 1).
- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (artículo 6.1).
- El derecho a “participar [...] en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (artículo 15.3)
- El derecho al “reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y debiendo tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” (artículo 5 letra a).
- El derecho de la pueblos indígenas a “la adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar [...] el medio ambiente” (artículo 4.1).
- El derecho a que “se adopten medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (artículo 7.4).
- Y el derecho de estos pueblos a la “protección contra la violación de sus derechos”, y a “poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos” (artículo 12).

2.5. Análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado y las empresas

Siguiendo el mismo ordenamiento propuesto por PR sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas antes referidos, y al igual que en el caso del proyecto Central Neltume, en el caso del proyecto ducto de eliminación de residuos industriales aquí analizado podemos constatar el incumplimiento por parte del Estado chileno de su obligación de proteger los derechos humanos, así como del deber de la empresa Arauco S.A., propietaria de CELCO, de respetar los derechos humanos de las comunidades mapuche-lafkenche. También constatamos la inexistencia de mecanismos efectivos para impedir y/o mitigar la violación derechos humanos como consecuencia de la construcción de la central.

2.5.1. Obligación del Estado de proteger los derechos humanos

Respecto al deber del Estado de proteger los derechos humanos, los principales problemas identificados en el caso de este proyecto de inversión dicen relación con las deficiencias del proceso de EIA y la ausencia de implementación del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas de conformidad con los estándares del Convenio 169 de la OIT. En efecto el proyecto en análisis ingresó al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en febrero de 2009. Tras su ingreso al SEIA, el proyecto fue declarado admisible por la Comisión Regional del Medio Ambiente (en adelante COREMA) en diciembre de 2009, requiriéndose –de acuerdo a la ley ambiental–, a la misma empresa proponente la realización de un EIA. Con la misma fecha la Comisión Nacional del Medio Ambiente Región de los Ríos (en adelante CONAMA) dictó un oficio ordinario (N° 0104), mediante el cual solicitó el pronunciamiento de los diversos organismos del Estado involucrados respecto del EIA.

De la revisión de los antecedentes del proyecto en el marco del EIA se desprende que éste no daba cuenta adecuadamente de los derechos de las comunidades mapuche-lafkenche del sector en donde se emplazaría

el ducto, las que se verían afectadas. Así en las observaciones formuladas al EIA por los propios órganos públicos competentes –en particular la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y la Subsecretaría de Pesca (SUBPESCA)– llamaron la atención sobre la vulneración del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 20.249 que crea los “Espacio Costero Marítimo de Pueblos Originarios” (ECMPO), en la tramitación y posible aprobación del proyecto. En particular CONADI objetó el proyecto durante toda la evaluación ambiental, producto de las afectaciones que según esta entidad el proyecto tendría sobre las comunidades mapuche-lafkenche de la zona, entre las que destacan aquellas relativas a los impactos que se generaría sobre los sitios de significación cultural, y sobre las actividades productivas tradicionales en el borde costero.¹¹⁰

Paralelamente, entre el 28 de abril y el 28 de mayo de 2010 fueron ingresadas a la CONAMA 71 observaciones ciudadanas¹¹¹ de personas afectadas por el proyecto, muchas de ellas personas y comunidades mapuche-lafkenche de la Bahía de Maiquillahue. En dichas observaciones se hacía referencia a la afectación del entorno, a la alteración de sus formas de vida y de sus modos de producción y a la contaminación de las aguas que generaría el proyecto. Dichas observaciones fueron respondidas parcialmente por la empresa a través de la primera ADENDA, sin que la ciudadanía tuviese opciones de pronunciarse posteriormente, durante el resto de la tramitación ambiental del proyecto.

Pese a dichas observaciones, en febrero de 2010, la COREMA calificó el proyecto favorablemente (10 votos a favor, siete en contra, y una abstención), otorgando su Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA)¹¹² N° 027. Como se verá más adelante, esta reso-

lución implicó una serie de graves vulneraciones a los derechos de las comunidades mapuche - lafkenche.

Por otra parte, la aprobación de este proyecto debió haber considerado un proceso de consulta previa a las comunidades mapuche-lafkenche en los términos del Convenio 169 de la OIT, que se encontraba plenamente vigente a la fecha de la dictación de la RCA y había sido ratificado incluso antes del inicio del proceso de EIA. Cabe recordar además, que esta consulta era imperativa en el caso en cuestión, dado que el proyecto amenaza la totalidad del hábitat de las comunidades mapuche-lafkenche.

Considerando que CONADI –el órgano técnico del Estado para asuntos indígenas– no dio su permiso sectorial al EIA por las afectaciones a los derechos indígenas señaladas en sus diferentes oficios remitidos a la CONAMA, concluimos que la CONAMA y la COREMA de la Región de Los Ríos, incurrieron en un acto ilegal al no haber realizado la consulta previa a la medida administrativa (RCA) susceptible de afectar directamente a las comunidades mapuche-lafkenche presentes en el área, de acuerdo a lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT. Los argumentos del gobierno de la época al respecto fueron que la consulta del Convenio ya estaba contemplada en la legislación nacional a través del mecanismo de la participación ciudadana de la ley 19.300, por lo que habiéndose realizado ésta durante la evaluación ambiental del proyecto, se entendía ya cumplida la consulta.

De acuerdo a ello, es que al igual que en el caso del proyecto central Neltume antes analizado, en este caso el Estado de Chile evidentemente incumplió con los estándares del Convenio 169 de la OIT en materia de derecho de consulta. Ello toda vez que dichas consultas *no fueron realizadas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y con el fin llegar a un acuerdo como la Corte IDH señalara en sentencia en el caso de Sarayaku vs. Ecuador*. El Estado tampoco consideró, como lo hizo la Corte IDH en su sentencia en el caso de *Saramaka vs. Surinam*, tratándose de planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios

110 Dicha posición fue manifestada por CONADI en los siguientes oficios: Oficio Ordinario N° 248 de fecha 8 de septiembre de 2009, el Oficio Ordinario N° 01 de fecha 8 de enero de 2010, el Oficio Ordinario N° 070 de fecha 8 de febrero de 2010 y el Oficio Ordinario N° 088 de fecha 19 de febrero de 2010.

111 En https://www.e-seia.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=3580072#-1

112 En <https://www.e-seia.cl/documentos/documento.php?idDocumento=4064426>

indígenas –como es el caso de este proyecto– la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades mapuche-lafkenche, según sus costumbres y tradiciones, y el derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia. Finalmente, el Estado chileno no garantizó que el EIA de este proyecto fuese realizado por entidades independientes, y con una fiscalización adecuada, como también ordenara en el caso de *Sarayaku vs. Ecuador*.

De la misma manera el Estado también incumplió sus obligaciones en materia de derechos humanos al no evaluar la legislación vigente, en particular la legislación ambiental (Ley 19.300) que dispone que los EIA sean realizados por empresas contratados por las empresas, carentes de independencia, y la ley indígena (ley 19.253) que no brinda adecuada protección a la tierra, y a sitios de significación cultural de los pueblos indígenas, como el *nguillaue*. Ello de modo de asegurar que éstas protejan efectivamente los derechos de las comunidades mapuche afectadas por este proyecto para la construcción por CELCO de un ducto al mar para sus efluentes contaminantes.

2.5.2. Obligación de la empresa de respetar los derechos humanos

El análisis del comportamiento de Celulosa Arauco en el caso del proyecto en análisis deja en evidencia que esta empresa no ha cumplido con su obligación de respetar los derechos humanos, y no ha desarrollado esfuerzos para evitar que su actuación resulte en la vulneración de los derechos de las comunidades mapuche-lafkenche directamente afectadas por el proyecto. En efecto, dicha empresa no solo no ha tenido la debida diligencia al no efectuar una evaluación del impacto real y potencial de su proyecto sobre los derechos humanos, sino que, más grave aún, no ha procedido de buena fe a lo largo de la historia del proyecto.

En efecto, empresa llegó al lugar en la década de los noventa faltando a la verdad, toda vez que contrató un equipo profesional que señaló al Sindicato de Pescadores de Mehuín –formado por pescadores mapuche y no mapuche– que venían a realizar mediciones técnicas para estudiar la factibilidad de la construcción de una salida al mar por el río Lingue, con la finalidad de que las pequeñas embarcaciones de pescadores pudieran tener un acceso más seguro al mar. Los pescadores pusieron sus embarcaciones y su propio trabajo al servicio de esta iniciativa, hasta que a poco andar fueron informados que los trabajos de mediciones habían sido encargados por Celulosa Arauco para la instalación de un ducto de descarga de Residuos Industriales Líquidos de la planta de celulosa que se pretendía instalar en San José de la Mariquina.¹¹³

Más tarde, usó diversos recursos para doblegar la oposición de esta población costera. Así CELCO suscribió el 2008 “Convenios de Colaboración y Asistencia Recíproca” con sindicatos de pescadores artesanales, mediante los cuales ofreció incentivos económicos a sus integrantes para asegurar su apoyo para la materialización de los estudios ambientales, la aprobación del proyecto y la construcción del ducto. El Convenio ofrecía la entrega de distintos pagos que suman un total de 8,9 millones de dólares, lo que derivó en un proceso de cooptación de la voluntad de los sindicatos de pescadores de la caleta de Mehuín en el contexto del EIA para que se manifestaran a favor de la construcción del ducto,¹¹⁴ lo que generó enfrentamientos entre miembros de la comunidad, la que debió incluso ser amparada por los tribunales de justicia.

Arauco desarrolló a su vez una intensa política comunicacional y de colaboración con organizaciones y autoridades locales con el fin de demostrar el interés empresarial por buscar soluciones y cambiar su ima-

113 Petición ante la Comisión IDH, 2011, Comunidades Lafkenche, habitantes de la Comuna de San José de la Mariquina, P-493-11.

114 Debbie Guerra M. y Juan Carlos Skewes V. (2008). *La devastación social como condición para una catástrofe ambiental: La proyectada construcción de un ducto para la evacuación de desechos industriales en Mehuín, Chile*. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Misiones, Posadas. Pág. 3-7. Disponible en sitio web: <http://www.aacademica.com/000-080/490.pdf>

gen de conflictividad y peligro ambiental a uno de mayor cooperación e inserción comunitaria. A través de esta política también presionó a las autoridades para dar viabilidad ambiental al ducto al mar a pocos días de terminar el entonces primer gobierno de Michelle Bachelet.

2.5.3. Mecanismos para impedir o mitigar violación de derechos humanos

Los mecanismos existentes para la protección o reparación frente a la violación de derechos humanos de las comunidades mapuche-lafkenche directamente afectadas por el proyecto en análisis no han sido efectivos como lo establecen los PR de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Las diversas peticiones administrativas interpuestas ante la autoridad ambiental en el contexto del EIA de las que se ha dado cuenta no encontraron acogida. En el caso de los recursos judiciales, el recurso de protección constitucional interpuesto por las comunidades mapuche-lafkenche de la Bahía de Maiquillahue en marzo de 2010 ante la Corte de Apelaciones de Valdivia (Rol 148-2010), contra la resolución dictada por la COREMA, XIV Región que calificaba favorablemente el proyecto, no encontró acogida. En dicho recurso las comunidades alegaron que se trataba de una resolución ilegal al haberse dictado sin consultar a las comunidades como prescribía el Convenio 169 de la OIT y por no haber considerado como impacto ambiental en la dimensión antropológica los efectos que tendría la descarga de riles en la Bahía de Maiquillahue. Ello teniendo presente que éste se emplaza sobre un territorio costero usado por las comunidades con fines económicos sociales y culturales, sobre el cual tenían un uso consuetudinario.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de mayo de 2010, que rechazó el recurso de las comunidades, acogió los argumentos del Estado en torno que no procedía la consulta, señalando específicamente que esta ya se encontraba contemplada en la Participación Ciudadana del SEIA. (Considerando 11^º). Respecto de la existencia de un uso consuetudinario de las comunidades mapuche en el borde costero, la Corte estimó que

durante el proceso de evaluación ambiental no se acreditó la existencia de éste, por lo que sería una mera expectativa (Considerando 14^º). Las comunidades apelaron a la Corte Suprema de esta resolución (Rol de ingreso a CS 4078-2010), la que en octubre del mismo año confirmó la sentencia apelada, concluyendo que “el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen” (Considerando 7^º). En sus considerandos siguientes justificó la argumentación anterior enumerando las características de la Participación Ciudadana y el cómo durante la evaluación ambiental se cumplió con este estándar.

La empresa Celulosa Arauco, por su parte, no cuenta con mecanismos para la reclamación frente a la violación de derechos humanos que resulten de sus actividades, incumpliendo en este sentido las directrices propuestas por los PR de Naciones Unidas en estas materias.

Al no ser acogidas las acciones administrativas y judiciales interpuestas por las comunidades, y al no existir mecanismos de la empresa para la reclamación de sus derechos humanos amenazados, las comunidades vulneradas en sus derechos resolvieron presentar una Petición de Fondo y una Solicitud de Medida Cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en abril de 2011,¹¹⁵ fundada en la vulneración por parte del Estado de Chile de los artículos: 24 (Igualdad ante la ley), 4.1 (derecho a la vida), 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 23 (Derechos Políticos), 26 (desarrollo progresivo), y 21.1 (derecho de propiedad) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de las comunidades mapuche-lafkenche de la Bahía de Maiquillahue. Esta acción aún se encuentra en trámite ante dicha Comisión a la espera del análisis de su admisibilidad.

115 Comunidades Lafkenche, habitantes de la Comuna de San José de la Mariquina vs. Chile, P-493-11.



Actividad cultural comunidad Cumirrai Ñanco Vda. De Ñanculef – Fuente: Estudio Antropológico "Piscicultura Caburga II", elaborada por Lifko Consultores, 2012

3. Piscicultura Caburga II

La salmonicultura es una actividad que comenzó a desarrollarse en gran escala en Chile a contar de la década de 1980.¹¹⁶ Desde entonces esta industria ha crecido a un ritmo acelerado gracias a las condiciones climáticas favorables, los recursos hídricos abundantes, un régimen de aguas que permite la concesión gratuita a privados de derechos no consuntivos sobre las mismas, y a una mano de obra barata comparativamente respecto de otros países. A ello se agregan los incentivos otorgados por el Estado para el desarrollo de esta actividad.

La industria de la salmonicultura en el país se ha orientado fundamentalmente a la exportación, alcanzado el año 2013 ventas por más de 3.500 millones de dólares,

posicionándose como la segunda mayor actividad exportadora de Chile.¹¹⁷ Ello determina que Chile sea hoy el segundo productor y exportador mundial de salmón y trucha cultivada después de Noruega, con una cosecha de 804.000 toneladas en 2012 (es decir el 76,2% de la cosecha acuícola total del país).¹¹⁸

116 <http://www.salmonchile.cl/frontend/seccion.asp?contid=&secid=3&secoid=3&subsecid=16&pag=1>

117 En <http://www.aquachile.com/>. Los pescados y crustáceos, moluscos y demás invertebrados acuáticos representan el 12,4% de las exportaciones de productos no mineros, siendo la segunda categoría de productos no mineros más exportados por Chile (después de frutas y frutos comestibles, agrios (cítricos), melones o sandías (20%)), con salmones contando por un 8,1% del total. Cifras de junio de 2013, Ferrier, Emeline, *Informe sobre el impacto de las empresas en los derechos humanos del pueblo mapuche. La salmonicultura.*, Observatorio Ciudadano, inédito, 2013.

118 En http://www.sernapesca.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1576:record-de-cosechas-en-la-acuicultura-chilena-superaron-un-millon-de-toneladas-el-2012-informo-sernapesca&catid=1:ultimas&Itemid=69

La salmonicultura se concentra en la zona centro sur del país, sobreponiéndose casi completamente al territorio de ocupación tradicional del pueblo mapuche. De los centros de cultivo que operaban en Chile en 2012 (2.364 sobre los 3.507 autorizados), un total de 852 son centros de cultivos de salmónidos.¹¹⁹ De ellos, el 43,8% están ubicados en la Región de Aysén (XI), el 39,2% en la Región de Los Lagos (X), y el 5,8% en la Región de la Araucanía (IX).¹²⁰ En el caso de la Región de la Araucanía, donde se ubica el proyecto Caburga II, el total de proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) a julio de 2013 alcanzaba a 120. De ellos, 77 con una inversión de US\$ 140.945.000, había sido aprobados por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).¹²¹

Dado que el proceso de producción salmonícola involucra distintas etapas (principalmente el alevinaje, la smoltificación, la engorda y el procesamiento), que se desarrollan en distintos ecosistemas, incluyendo hábitats de agua dulce y salada, esta actividad tiene un impacto sobre todo el territorio del pueblo mapuche, afectando ríos, lagos, playas y borde de mar de ocupación tradicional de sus comunidades.

3.1. El proyecto y las comunidades afectadas

La piscicultura Caburga II, que se emplaza en la comuna de Pucón, en la Región de la Araucanía, data de inicios de la década del 2000, siendo aprobada ambientalmente por Resolución Exenta N° 71 de la Comisión Nacional del Medio Ambiente de fecha 3 de mayo de 2002. La resolución de CONAMA autorizaba a la empresa a la producción anual de 90 toneladas de salmonídeos.

La piscicultura utiliza las aguas del estero Quetoleufu, sobre las cuales la empresa disponía de derechos de aprovechamiento no consuntivo al amparo del Código de Aguas antes analizado, siendo autorizada en forma gratuita por el Estado la utilización de un caudal máximo de 450 litros por segundo.

Las obras de la piscicultura aprobadas el 2002 consideraban la instalación de 192 bateas de incubación, y 68 estanques de cultivo con capacidad para 1.735 metros cúbicos. Ellas se emplazan en las tierras que forman parte del título de merced de la comunidad Cumirrai Ñanco Vuida de Ñanculef, otorgado por el Estado con un total de 290 hectáreas en 1911, tierras que les fueron usurpadas y que hoy se encuentran en poder de particulares no indígenas.¹²² Como consecuencia de esta usurpación de tierras la piscicultura se encuentra hoy a 400 metros del límite de esta comunidad, aguas arriba. Otra comunidad afectada por la piscicultura es Mariano Millahual, cuyo título de merced data de 1908, ubicada en el sector denominado Quetroleufu, la que se emplaza aguas abajo en el estero del mismo nombre. Se encuentra igualmente afectada por la contaminación de las aguas la comunidad Manuel Huaiquiver, ubicada en el sector Quelhue, aledaño al río Trancura, en el cual se vierten las aguas del estero Quetroleufu en que se emplaza la piscicultura, todas ellas, lo mismo que la piscicultura, ubicadas en la comuna de Pucón, en la Región de la Araucanía.

La empresa se encuentra operando allí desde 2005. En 2009, sin embargo, mediante Resolución exenta N° 224, la COREMA de la Región de La Araucanía sancionó a la piscicultura Caburga II, con el pago de una multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales (UTM)¹²³ ante la liberación por la empresa de sustancias de color y olor molesto que incumplían con la normativa ambiental.¹²⁴ Este hecho dejó en evidencia temprana la falta de dili-

119 En Informe Actividades de Fiscalización Efectuadas en materia de Pesca y Acuicultura en el año 2012, Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, marzo de 2013. http://www.sernapesca.cl/presentaciones/Informe_Final_Rendicion_de_Cuentas_2012_Art_4_B_LGPA_SERNAPECA.pdf

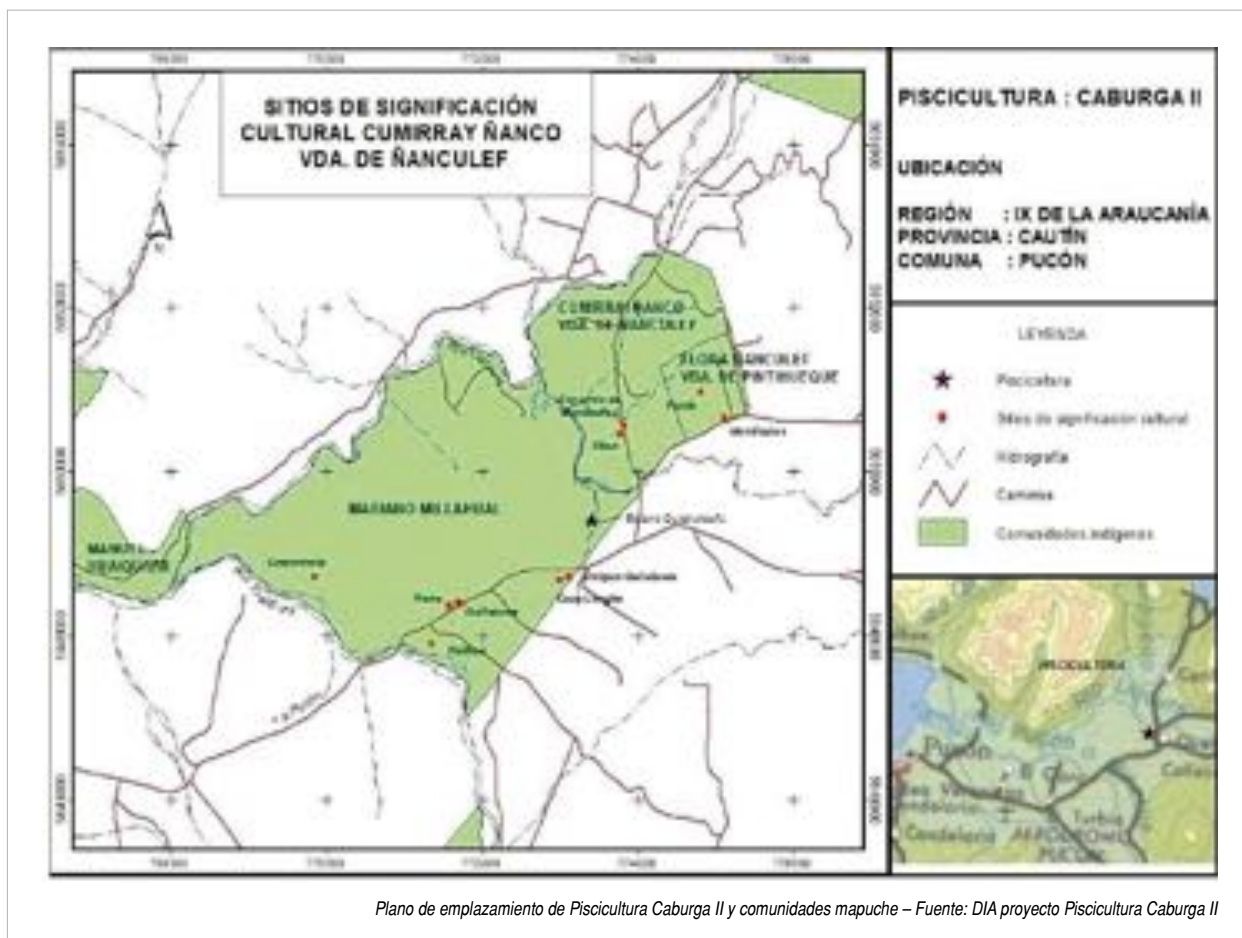
120 *Registro Nacional de Acuicultura*, Primer Trimestre 2013. http://www.sernapesca.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=77:registro-nacional-de-acuicultura-rna&catid=31:acuicultura&Itemid=201

121 Ferrier, Emeline, *op cit*, en base a antecedentes del Servicio de Evaluación Ambiental, 2013.

122 El terreno en que se encuentra emplazada la piscicultura fue adquirido por privados en 1999 con autorización de la CONADI, y se encuentra desafectado como tierra indígena.

123 Una UTM equivale a 43 mil pesos chilenos, aproximadamente 80 dólares.

124 En http://seia.sea.gob.cl/externos/sanciones/archivos/SAN_idExp3019_idSan2334.PDF



gencia debida de la empresa y su actuación ilegal, generando afectación de las comunidades al devolver a las aguas y a los cursos de estero y ríos contaminantes no autorizados.

En 2012, la empresa presentó al Sistema de Evaluación de Impacto, del Servicio de Evaluación Ambiental de La Araucanía, una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA) a objeto de aumentar la producción inicial de la piscicultura de 90 a 220 toneladas anuales de salmonídeos. También solicitó el aumento del caudal de agua utilizado en el proceso de cultivo desde 450 litros por segundo (LTS/S) a 1.145 LTS/S. Además se propuso regularizar el aumento de la superficie construida de 1.200 a 5.464 metros cuadrados, incluyendo entre las obras galpones y bodegas. Igualmente propuso la regularización del sistema de tratamiento de residuos líquidos industriales, y de la captación de aguas del denominado estero sin nombre. De acuerdo a toda la

evidencia, con la presentación de esta DIA la empresa pretendió legitimar una ampliación de hecho verificada desde la primera autorización ambiental de 2002 y, en 2013, lo que da cuenta de la ilegalidad de su actuación.¹²⁵

Dicha DIA fue aprobada por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía mediante Resolución Exenta N° 123, del 6 de junio de 2013. Cabe señalar que esta última resolución fue impugnada ante la justicia por las comunidades afectadas a través de la presentación por éstas el mismo año de un recurso constitucional de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Entre los fundamentos del recurso de protección se encontraba el carácter ilegal y arbitrario

125 Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, Resolución Exenta N° 123/13, del 6 de junio de 2013.

de la Resolución de Calificación Ambiental puesto a que el proyecto, dada su afectación a sistemas de vida y costumbre de grupos humanos y a su emplazamiento próximo a población indígena protegida, conforme a la ley ambiental, debió haber sido presentado como un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y no como una DIA. A ello se agregó el hecho de que, de acuerdo a los antecedentes expuestos por la empresa, el proyecto no presentaría alteración en relación a la dimensión antropológica contemplada en el literal c) del artículo 8 del Reglamento Ambiental.

Además de ello, el recurso se fundó en la afectación de las actividades económicas de la comunidad, muchas de ellas basadas en la utilización cultural y económica de las aguas contaminadas por la piscicultura. También se alegó la ausencia de consulta a las comunidades mapuche susceptibles de verse afectadas directamente como consecuencia de la aprobación de esta resolución y ampliación de la piscicultura, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

No obstante la sólida argumentación legal acompañada a este recurso, este fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco a inicios de 2014, argumentando el tribunal que las comunidades no habrían demostrado la afectación directa que ameritaría el desarrollo de la consulta del Convenio 169 de la OIT.¹²⁶

3.2. La empresa

El proyecto de la Piscicultura Caburga II pertenece a AquaChile, una empresa chilena que produce alimentos a partir de sus cultivos de salmón del atlántico, salmón del pacífico, truchas y tilapias. De acuerdo a antecedentes de la propia empresa AquaChile, cuenta con

operaciones en 180 puntos geográficos de Chile, Costa Rica, Panamá y Estados Unidos, empleando en 2013 a más de 5.900 personas, constituyéndose en uno de los mayores productores de trucha y salmón del Pacífico a nivel mundial, y de los principales proveedores de tilapia a Estados Unidos.¹²⁷

AquaChile fue constituida hace 25 años atrás. En la actualidad es la segunda empresa más grande de salmicultura en Chile.¹²⁸ Sus cosechas de salmón y trucha en el primer semestre de 2014 alcanzaron a 53 mil toneladas y las cosechas de tilapia a 10 mil toneladas. Sus ventas ascendieron a 398 millones de US\$, obteniendo utilidades por \$ 6 millones de US\$. AquaChile acumuló en los últimos doce meses un EBITDA de 72 millones de US\$.¹²⁹

3.3. Los derechos humanos afectados

Los integrantes de la comunidad de Cumirrai Ñanco Vda de Ñanculef, en que habitan 45 grupos familiares, han sido impactados en sus derechos por la piscicultura y su ampliación. Un estudio antropológico reciente realizado en el marco de la evaluación ambiental de Caburga II da cuenta que la visión generalizada de la comunidad es que la piscicultura afecta las aguas de los esteros y ríos del sector, las que a diferencia del pasado en que eran puras, hoy están contaminadas. Ello significa que ya no pueden utilizarse para beber, para cocinar, ni para bañarse. Tampoco los animales pueden beber de dichas aguas. Tampoco se pueden usar las yerbas como remedio, ya que han sido contaminadas por los cursos de aguas usados por la piscicultura. Se trata de una situación generalizada en los ríos del sector ya que gran parte de ellos tienen pisciculturas que impactan sus aguas. Ello resulta grave para las familias mapuche, la mayoría de las cuales han vivido de la ganadería y de la utilización de las aguas para la pesca y el turismo,

126 La sentencia de la Corte de Apelaciones sostiene: "no advirtiéndose la procedencia de un estudio de impacto ambiental al no configurarse alguna de las causales por las cuales se exige su elaboración, no resultando pertinente el trámite de la consulta en los términos que exige el Convenio 169, tantas veces citado, la actuación de la autoridad recurrida al calificar favorablemente el proyecto de marras y dictar la Resolución Exenta N° 123/13 del 6 de junio de 2013, no resulta ilegal ni arbitraria" (Corte de Apelaciones de Temuco, considerando Noveno, 29 de enero de 2014).

127 En <http://www.aquachile.com/>

128 *Ibid.*

129 *Ibid.* El Ebitda es un indicador que da cuenta del beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros.

en especial en verano. Por ello no resulta extraño que hayan rechazado la ampliación de esta piscicultura.¹³⁰

La afectación directa de las otras comunidades del sector es especificada en el recurso de protección antes referido presentado por éstas ante la justicia en 2013. Como se señala en el recurso: “[l]a Comunidad Indígena Mariano Millahual, del sector Quetroleufu, con más de 250 familias, menciona que las aguas antes eran transparentes y limpias y se podía consumir el agua del río directamente. Se usaban las aguas en sus rituales y para preparar alimentos. Se celebraba el We Xipantu, bañándose en las aguas al salir el sol, hasta que se contaminaron las aguas por las pisciculturas y ahora hay malos olores y musgos en las piedras. Para el nguillatun se usaban aguas del río Liucura y ahora no se puede. Todas las familias crían animales y ellos tomaban agua del río y ahora ya no se puede porque se enferman los animales. La comunidad tiene inscritos 12 litros por segundo desde antes de 2002, antes de la llegada de la piscicultura. La piscicultura estará solicitando una ampliación desde 450 litros por segundo a 1.145 litros por segundo y el estero no tiene suficiente caudal de agua. Las hierbas medicinales que antes recolectaban y materiales para la construcción de sus rukas y artesanía como el junquillo y mimbres ya no existen al lado del río debido a la contaminación”.¹³¹

Por su parte, la afectación de la comunidad Manuel Huaquívir es también descrita en el mismo recurso: “La Comunidad Indígena Manuel Huaquívir en el sector de Quelhue también se ve afectado por la contaminación de las aguas. Tienen varios lugares rituales donde ocupaban agua del río Trancura y el río Liucura. El nguillatue y el elton se llevan a cabo a orillas del río pero ya no pueden ocupar las aguas contaminadas para sus rituales y para preparar sus alimentos. Su sede comunitaria y su feria de artesanía Kui Kui están a la orilla del río Trancura que está cada día más contaminada por

las pisciculturas río arriba, siendo menos atractivo para los turistas”.¹³²

Considerando el Convenio 169 de la OIT, los principales derechos que han sido violados a las comunidades mapuche afectadas por la piscicultura Caburga II incluyen, entre otros, los siguientes;

- El derecho de los pueblos indígenas a la “propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14. 1).
- El derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, lo que comprende “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1).
- El derecho al respeto por el Estado de “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13. 1).
- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados “a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados [...] antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (artículo 15.2).
- El derecho a “participar [...] en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (artículo 15.3).
- El derecho de estos pueblos a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de

130 Lifko Consultores, *Estudio antropológico Piscicultura Caburga II. Proyecto de Ampliación*. Pucon, noviembre de 2012, pp. 37-44.

131 Recurso de protección, Comunidad Indígena Mariano Millahual y otros, contra Comisión Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, 2013, p. 6.

132 Ibid.

controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (artículo 7.1).

- El derecho de estos pueblos a la “protección contra la violación de sus derechos”, y a “poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos” (artículo 12).

3.4. Incumplimiento de obligaciones por parte del Estado y las empresas

Al igual que en los casos anteriormente analizados en este Informe, y sobre la base de las directrices de los PR de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos antes señalados, podemos constatar claramente en el caso de la piscicultura Caburga II el incumplimiento por parte del Estado chileno de su obligación de proteger los derechos humanos, así como también del deber de la empresa de respetar los derechos humanos, en este caso de comunidades mapuche. También constatamos que ni el Estado o la empresa han contado con mecanismos efectivos tanto para la protección, como para la mitigación o reparación de los derechos humanos frente a su vulneración o amenaza de afectación en el marco de esta actividad económica.

3.4.1. Incumplimiento del deber del Estado de proteger los derechos humanos

El Estado incumplió, entre otras obligaciones, hacer cumplir las leyes que tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos humanos de pueblos indígenas por parte de las empresas. Ello toda vez que el Estado no fiscalizó adecuadamente el cumplimiento de la normativa ambiental vigente (ley 19.300 y sus modificaciones) para proteger efectivamente los derechos de las comunidades mapuche afectadas por esta piscicultura. Tampoco fiscalizó el cumplimiento de la ley 19.253 sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, dado que esta no fue utilizada para proteger en particular las tierras y aguas de ocupación tradicional de

las comunidades mapuche frente a su apropiación por parte de la empresa AquaChile para la instalación de Caburga II.

Ello es también aplicable al Convenio 169 de la OIT, en particular en lo relativo al derecho de consulta de los pueblos indígenas frente a actividades de explotación de sus recursos naturales, como el agua, hoy de propiedad del Estado, el que no fue reconocido y aplicado en el proceso de evaluación ambiental mediante una DIA de la piscicultura.

De la misma manera no fiscalizó el cumplimiento del derecho de los pueblos indígenas a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo, imponiendo de esta manera una iniciativa que vulnera sus formas de vida y desarrollo.

Tampoco el Estado cumplió con su obligación de evaluar dicha legislación, en particular la legislación ambiental (ley 19.300) y el Código de Aguas, y adoptar modificaciones de modo de asegurar que éstas protejan efectivamente los derechos de las comunidades mapuche afectadas por esta piscicultura.

Finalmente el Estado no cumplió con su obligación de exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos. Ello al autorizar a través de su institucionalidad ambiental tanto la puesta en marcha de la piscicultura Caburga II en 2002, como al otorgar autorización a su ampliación en 2013, consumando una ampliación de hecho e ilegal.

3.4.2. Incumplimiento del deber de la empresa de respetar los derechos humanos

En cuanto a la empresa AquaChile, ella incumplió de muchas maneras su deber de respetar los derechos humanos de conformidad con los PR de Naciones Unidas. Ello al no abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y al no hacerse cargo hasta la fecha de las consecuencias negativas que sobre estos derechos ha tenido la piscicultura Caburga II. Cabe tener presente

que de acuerdo a dichos PR tales derechos comprenden los derechos humanos reconocidos en tratados de derechos humanos como lo es el Convenio 169 ratificado por Chile.

También incumplió sus obligaciones al no haber prevenido ni mitigado las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con sus operaciones. Ello en particular en lo referido a las implicancias adversas que ellas han tenido en la contaminación de los cursos de aguas de uso tradicional de las comunidades y fundamentales para sus planes de vida y prioridades de desarrollo.

Igualmente no procedió con la debida diligencia en materia de derechos humanos, al no evaluar el impacto real y potencial de sus actividades en los derechos humanos de las comunidades directamente afectadas por la piscicultura Caburga II. Tampoco desarrolló acciones a objeto de compartir los beneficios que la piscicultura genera con las comunidades directamente afectadas con sus operaciones.

3.4.3. Mecanismos para impedir o mitigar la violación de derechos humanos

En cuanto al acceso a mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales para la reparación de las violaciones de derechos humanos cometidas por la empresa a las víctimas de estos efectos, el Estado no garantizó mecanismos judiciales o administrativos efectivos para ello. Ello resulta de la constatación de que el recurso de protección presentado ante la Corte de Apelaciones por las comunidades afectadas por Caburga II frente a la Resolución de Calificación Ambiental que la aprobó no fue efectivo para otorgarles amparo a sus derechos constitucionales y legales, incluyendo el Convenio 169 de la OIT, toda vez que fue rechazado. Esto no obstante existir fundamentos para ser acogido, negándose con ellos toda reparación a los impactos adversos de esta piscicultura hasta la fecha.

De la misma manera, la empresa también incumplió la obligación establecida en los PR de Naciones Unidas de contar con mecanismos que permitan la reclamación por parte de las comunidades afectadas frente a la violación de sus derechos humanos por las actividades de Caburga II. ○

CONCLUSIONES

Los casos analizados en el informe que aquí se ha presentado dejan en evidencia que la actividad de las empresas en el territorio de ocupación tradicional del pueblo mapuche ha generado una importante afectación de derechos humanos a los que Chile se encuentra obligado en virtud de tratados internacionales que les son aplicables, así como, en algunos casos, en virtud de su propio ordenamiento jurídico interno.

En efecto, como consecuencia de una política pública que encuentra fundamentación en un marco normativo que consagra el rol subsidiario del Estado en la economía, que ha favorecido la privatización de los recursos naturales, antes de propiedad y uso público, y que ha promovido la inserción de Chile en los mercados globales, a través de acuerdos comerciales celebrados con las más importantes economías del orbe, las tierras y territorios tanto de propiedad legal reconocida por el Estado, así como las tierras y recursos naturales de uso u ocupación tradicional del pueblo mapuche, se han visto afectadas u amenazadas por la proliferación de inversiones productivas y extractivas. Tales inversiones han sido impulsadas, o propuestas, hasta ahora, sin procesos de consulta adecuados, sin compensación por los daños que provocan, y sin participación en los beneficios que ellas generan, como lo dispone el Convenio 169 de la OIT. Las mismas inversiones han afectado, o amenazan con afectar, el medio ambiente de los territorios en que habitan estos pueblos indígenas y sus comunidades, así como sitios de significación cultural y espiritual, también resguardados por el Convenio. Finalmente no han respetado un derecho fundamental de los pueblos indígenas reconocido en el mismo Convenio, cual es el derecho de definir sus propias prioridades en materia de desarrollo. Ello al imponerse este proyecto por sobre las voluntades y los planes de vida de las comunidades directamente afectadas por estas inversiones.

En la violación o amenaza de violación de derechos humanos de comunidades del pueblo mapuche por estos proyectos de inversión, identificamos una significativa responsabilidad del Estado de Chile, tanto como consecuencia de su acción como de su omisión. Siguiendo las directrices establecidas en los PR sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, constatamos que el Estado no ha cumplido con el deber de brindar protección a los derechos humanos del pueblo mapuche en el contexto de los proyectos de inversión aquí analizados. En efecto, el Estado no ha fiscalizado adecuadamente el cumplimiento de las leyes que protegen los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, como la ley 19.253 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT, frente al actuar de las empresas. Tampoco ha evaluado y revisado la legislación que no resulta adecuada para proteger los mismos derechos humanos, en particular la legislación ambiental, y la legislación referida a los derechos sobre recursos naturales, en particular el agua.

De la misma manera, no ha tenido la coherencia necesaria para asegurar que otras leyes y normas de carácter comercial –como los tratados de libre comercio, o acuerdos bilaterales de inversión ratificados por el Congreso Nacional que promueven la inversión en el país– no restrinjan los derechos humanos de los pueblos indígenas. Ello al no prevenirse en estos acuerdos comerciales el debido respeto que la inversión que estos promueven tiene que tener por los derechos fundamentales a los cuales el Estado se encuentra obligado internacionalmente. Finalmente, el Estado tampoco no ha impulsado hasta la fecha políticas sustanciales para asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas, en este caso el pueblo mapuche, en sus respectivas actividades, ni exigido a las empresas que

expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.¹³³

Un punto crítico en relación a la obligación del Estado de proteger los derechos humanos frente a la actuación de las empresas en tierras y territorios del pueblo mapuche ha sido el referido a su deber de consulta a las comunidades susceptibles de ser directamente afectadas por proyectos de inversión de conformidad a los estándares del Convenio 169 de la OIT. En efecto, y tal como se ha constatado en este informe, dichas consultas no siempre han sido realizadas, omitiéndose este deber fundamental del Estado orientado a garantizar que los pueblos indígenas puedan participar e incidir en la toma de decisiones frente a medidas administrativas que les afectan directamente. Y en los casos en que dichas consultas han sido realizadas, ellas no han cumplido con los estándares del Convenio 169, esto es, *no han sido realizadas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y con el fin llegar a un acuerdo o consentimiento sobre la medida a consultar*. Ello como consecuencia de la rebaja de dichos estándares por normativa reglamentaria interna, como el DS 40 de 2012, que reglamenta el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Tampoco se ha garantizado en el caso de grandes proyectos de inversión susceptibles de causar impacto mayor en los pueblos indígenas, como los son el proyecto ducto al mar o el proyecto hidroeléctrico Neltume, el deber del Estado de recabar el consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso *Saramaka vs Surinam* reseñado en este informe.

En cuanto a las empresas los casos analizados dejan en evidencia que estas han incumplido con su obligación de respetar los derechos humanos de conformidad a las directrices establecidas en los PR de Naciones

Unidas. En efecto, las empresas no se han abstenido de infringir los derechos humanos del pueblo mapuche y de sus comunidades como consecuencia de sus actividades, ni han hecho frente a las consecuencias negativas que dichas actividades provocan en tales derechos. Ello se puede ejemplificar nítidamente en el caso del proyecto Caburga II, en que la empresa responsable no previno ni mitigó las consecuencias negativas sobre los derechos humanos de las comunidades directamente afectadas, en particular en lo referido a las implicancias adversas que sus actividades han tenido en la contaminación de los cursos de aguas de uso tradicional de las comunidades y fundamentales para sus planes de vida y prioridades de desarrollo.

En los casos analizados, además, las empresas no han procedido con la debida diligencia en materia de derechos humanos, realizando previamente a sus inversiones, una evaluación del impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos de las comunidades directamente afectadas. Así por ejemplo, han ignorado la afectación que sus actividades provocan o pueden provocar a futuro como consecuencia de la afectación de tierras y territorios que les fueran reconocidos por el Estado, o tierras de ocupación tradicional indígena, más allá de la existencia o no de un título propietario sobre ellas. Es el caso del proyecto de piscicultura Caburga II, el que afecta tierras que eran parte del título de merced de la comunidad Cumirrai Ñanco Vda. De Ñanculef y que hoy son de propiedad de particulares. Es el caso también del proyecto ducto al mar, el que de ser materializado afectaría un territorio terrestre y marítimo, que si bien ha sido reconocido solo en parte por el Estado a las comunidades mapuche-lafkenche, forma parte de su hábitat de uso y ocupación tradicional al cual están íntimamente ligada su economía y cultura. En estos casos, así como también en el caso de las comunidades afectadas por el proyecto Neltume, las empresas no han tenido la debida diligencia, además, para respetar los derechos de las comunidades sobre los sitios de significación cultural o espiritual, así como tampoco el derecho a definir sus prioridades en materia de desarrollo.

¹³³ Solo en 2013 el Ministerio de Economía constituyó un Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sustentable, con integración de gremios de empresas, sin que tenga los derechos humanos, sino la responsabilidad social como su eje de acción. A fines de 2014, el gobierno anunció en el Foro del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas la elaboración de un plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos, sin existir claridad aún de la forma en que participarán los pueblos indígenas en su elaboración.

Igualmente las empresas han desconocido el derecho de las comunidades directamente afectadas por sus proyectos a la participación en los beneficios que generan, como consecuencia del derecho a la limitación o privación de la propiedad indígena sobre la tierra y los recursos. En efecto, tan como señala el RE Anaya ésta participación en los beneficios debe ser entendida como una forma de cumplimiento de un derecho y no como una concesión caritativa que busque el apoyo social del proyecto o minimizar los conflictos¹³⁴, como claramente se puede ejemplificar en el caso de las compensaciones monetarias otorgadas por la empresa CELCO a los sindicatos de pescadores de Mehuín.

Finalmente, tanto el Estado como las empresas involucradas en los proyectos de inversión aquí analizados, han incumplido la obligación considerada en los PR de Naciones Unidas de establecer mecanismos efectivos para garantizar que las víctimas de abusos a sus derechos humanos por empresas puedan ser reparadas eficazmente, o que tales abusos puedan ser prevenidos. En efecto, en cuanto al Estado, constatamos que este no cuenta con mecanismos judiciales o administrativos efectivos para prevenir la vulneración de derechos humanos de pueblos indígenas como consecuencia de la actuación de empresas, como ha quedado en evidencia en el caso del proyecto ducto al mar. Puesto que los recursos administrativos interpuestos por las comunidades mapuche-lafkenche frente a la Resolución de Calificación Ambiental que autorizaba el proyecto, no encontraron acogida. Lo mismo ocurrió con el recurso de protección constitucional interpuesto ante la justicia frente a dicha resolución, en el que se desestimó por razones formales la aplicación del Convenio 169 de la OIT frente a la dictación de esta medida. Cabe señalar que si bien ha existido una jurisprudencia relevante de los tribunales de justicia recaída en recursos de protección constitucional interpuestos por pueblos indígenas en los últimos años referida en especial a la aplicación del derecho de consulta del Convenio 169 frente a medidas administrativas referidas a proyectos de inversión

en tierras y territorios indígenas, en que las cortes han reconocido la necesidad de que el Estado desarrolle procesos de consulta previa de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados de conformidad a los estándares de dicho Convenio, y que no es asimilable a la participación ciudadana considerada en la legislación ambiental, esta jurisprudencia ha sido oscilante y no siempre ha sido efectiva para garantizar este derecho¹³⁵.

Demostración de lo anterior es que las comunidades mapuche-lafkenche afectadas por el proyecto ducto al mar, interpusieron una denuncia ante la Comisión IDH para la protección de sus derechos que no fueron amparados por la justicia interna, camino que posiblemente explore las comunidades de Neltume en caso de no encontrar acogida sus acciones ante las instancias administrativas o judiciales nacionales.

Igualmente, las empresas, como hemos visto en todos los casos aquí analizados, han carecido de mecanismos de reclamación por parte de las comunidades potencialmente afectadas por sus actividades para prevenir los abusos de derechos humanos, menos aún para reparar las consecuencias adversas que estas han provocado en dichas comunidades, como podemos ejemplificar en el caso de la piscicultura Caburga II.

RECOMENDACIONES

En razón de los antecedentes recabados en este Informe, y de las conclusiones a las que se arribó en él referidas a las responsabilidades y desafíos que caben al Estado de Chile y a las empresas en la situación de abusos a los derechos humanos del pueblo mapuche como consecuencia de proyectos de inversión en territorio mapuche es que realizamos las siguientes recomendaciones a estos y otros actores relevantes:

134 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 2010, op cit., para. 76-80.*

135 Observatorio Ciudadano, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis en el sistema jurídico chileno, internacional y comparado*, IWGIA, 2014. Disponible en línea http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf

Al Estado de Chile:

- Asumir un rol más activo en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en general, y del pueblo mapuche en particular, frente a las violaciones y abusos a sus derechos cometidos por empresas nacionales o transnacionales, incluyendo la adopción de medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar dichas violaciones y abusos;
- Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en particular las disposiciones atinentes de la Ley N° 19.253 de 1993 sobre Protección, promoción y desarrollo de los indígenas;
- Asumir las obligaciones de derechos humanos contraídas en virtud de la ratificación de tratados internacionales que les son aplicables, incluyendo entre ellos el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma entidad, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo presente para ello la interpretación del sentido y alcance de sus disposiciones emanada de los órganos de tratado que los supervisan;
- Revisar y adecuar la legislación y reglamentación, en particular la legislación referida a los derechos sobre los recursos naturales, y aquella referida al derecho de consulta de los pueblos indígenas frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, de modo de proteger a los pueblos indígenas y sus derechos en el contexto de las actividades que las empresas impulsan o pretenden impulsar en sus tierras y territorios;
- Revisar y adecuar los mecanismos judiciales y administrativos existentes en el ordenamiento jurídico de modo de asegurar que ellos permitan una protección efectiva de los derechos de pueblos indígenas en el

contexto de la actividad de las empresas, y permitan reparar las violaciones a los mismos derechos cuando estas ocurran;

- Asegurar la coherencia de su política pública, de modo de garantizar que los tratados de libre comercio y acuerdos bilaterales de inversión suscritos por el Estado no restrinjan las posibilidades de los pueblos indígenas de ejercer los derechos humanos que les han sido reconocidos por el ordenamiento nacional e internacional;
- Asesorar de manera efectiva a las empresas en el respeto a los derechos humanos de pueblos indígenas en el contexto de sus actividades en tierras y territorios indígenas, y exigir que den cuenta de cómo respetar los derechos humanos en sus actividades
- Elaborar a la brevedad el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos anunciado el 2014, estableciendo mecanismos para incorporar la participación activa de los pueblos indígenas en este proceso, de modo de asegurar que en sus resultados sus derechos sean debidamente protegidos.

A las empresas

- Revisar sus estrategias de modo de asegurar que sus actividades en tierras y territorios de los pueblos indígenas en general y del pueblo mapuche en particular, se desarrolle con pleno respeto de sus derechos colectivos y de los derechos individuales de sus miembros, absteniéndose en todo evento de infringirlos, y reparando las consecuencias negativas que sus actuaciones tengan en ellos;
- Asumir un compromiso político expreso de respetar los derechos humanos de estos pueblos en el marco de sus actividades en tierras y territorios indígenas;
- Impulsar procesos de debida diligencia haciendo en forma previa a sus inversiones evaluación del impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos de estos pueblos, previniendo

dichos impactos, y absteniéndose de realizar actividades que pudiesen generar dicha afectación, en particular cuando estas actividades no han sido consentidas por los pueblos indígenas;

- Establecer mecanismos efectivos para la reparación de las violaciones de derechos humanos, y para mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades en los derechos de los pueblos indígenas;
- Considerar la participación de los pueblos y comunidades indígenas directamente afectados por sus actividades en los beneficios que éstas generan, beneficios entendidos como una forma de cumplimiento de un derecho y no como una concesión caritativa que busque el apoyo social del proyecto o minimizar los conflictos;

A los Estados en que están domiciliadas las empresas que impulsan actividades en tierras y territorios de los pueblos indígenas

- Asegurar, a través de la adopción de legislación y de medidas administrativas, que las empresas en ellos domiciliadas que operan en el exterior, no impacten negativamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, estableciendo mecanismos para la reclamación de su responsabilidad cuando ello ocurra;
- Asegurar que los acuerdos comerciales, incluyendo tratados de libre comercio y acuerdos bilaterales de inversión, que suscriban con otros Estados, no contengan disposiciones que pueden resultar en la restricción de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

A los organismos internacionales de derechos humanos

A la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Solicitar información al Estado de Chile en relación a la situación de los derechos del pueblo mapuche afectados por la actividad de empresas;
- Instar a que el Estado de Chile realice nuevos procesos de consulta con las comunidades mapuche susceptibles de ser afectadas directamente frente a las medidas administrativas adoptadas, o por adoptar, que recaen en proyectos de inversión de empresas ubicados en sus tierras y territorios, y que sean conformes a los estándares de derechos humanos que les son aplicables de acuerdo a la jurisprudencia de la misma Comisión y de la Corte IDH sobre la materia;
- Declarar admisible la petición presentada en 2011 ante la Comisión IDH por comunidades mapuche-lafkenche (Comunidades Lafkenche, habitantes de la Comuna de San José de la Mariquina, P-493-11) por la violación por el Estado de Chile de sus derechos humanos como consecuencia del proyecto ducto al mar en la Bahía de Maiquillahue;
- Incorporar los antecedentes contenidos en este Informe al Informe temático que la presidenta de la Comisión IDH, profesora Rose-Marie Belle Antoine, y Relatora de Pueblos Indígenas preparará sobre las actividades encaminadas a la explotación de recursos naturales y su impacto en los derechos de los pueblos indígenas a nivel regional.

Al sistema de Naciones Unidas

- Al Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos (GT), establecido en 2011 como procedimiento especial para promover los PR de Naciones Unidas en la materia, instamos a dar respuesta, como lo hacen otros procedimien-

- tos especiales de Naciones Unidas, a las comunicaciones de los pueblos indígenas, poniendo especial atención a su particular situación de vulnerabilidad frente a la actividad de las empresas en sus tierras y territorios;
- A la Relatora Especial de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz, a desarrollar una labor de monitoreo a nivel global y regional, sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas afectados por empresas;
 - Al Consejo de Derechos Humanos, a dar respaldo al trabajo iniciado por el Grupo Intergubernamental que creado por resolución de junio de 2014 a objeto de que este elabore con prontitud un instrumento jurídico vinculante sobre corporaciones transnacionales y otras empresas y los derechos humanos. ○

El presente Informe hace un análisis de la afectación de los derechos humanos del pueblo mapuche en Chile como consecuencia de la actividad de empresas. Ello a través de tres casos específicos, el caso del proyecto central hidroeléctrica Neltume impulsado por la empresa trasnacional ENDESA-ENEL en el lago Neltume, en la Región de Los Ríos, en tierras de comunidades mapuche; el caso del proyecto ducto de eliminación de residuos industriales de planta de celulosa de la empresa CELCO en la Bahía de Maiquillahue, en la misma región, sobre las tierras y borde costero de comunidades mapuche-lafkenche; y el caso de la piscicultura Caburga II, impulsado por la empresa AquaChile en tierras de comunidades mapuche en la Región de la Araucanía.

Esperamos que este Informe sea un aporte para la revisión del marco normativo y la política pública del Estado chileno, así como también de la conducta empresarial en el país, que incide en los derechos humanos. Ello a objeto de que la actividad empresarial sea realizada con el debido respeto y resguardo de los derechos humanos en general, y de los derechos de los pueblos indígenas -en este caso del pueblo mapuche- en particular.

IWGIA
Observatorio Ciudadano