



INFORME

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

OBSERVATORIO CIUDADANO

TEMUCO- SANTIAGO, CHILE

ENERO 2015

PRESENTACIÓN

A través del presente Informe se pretende dar cuenta de los crecientes impactos que la actividad empresarial está teniendo en los derechos humanos del pueblo mapuche en Chile. Para estos efectos en este Informe 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 en los últimos años.

El ámbito del Sistema de Naciones Unidas se analizan las directrices establecidas en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la misma entidad el 2011, Principios 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 Principios rectores establecen además la necesidad de que se garantice a las víctimas de abusos a derechos humanos por 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 analiza 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 ido 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.

El Informe posteriormente entrega 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. En él se da cuenta 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 a 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 verificado paralelamente 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 adecuada de las comunidades afectadas en los beneficios que estos generan, y sin compensar los daños por estas causados.

En el informe posteriormente se hace un análisis sobre la normativa vigente en Chile tanto referida a los pueblos indígenas y a sus derechos, como a los recursos naturales y al medio ambiente. A través de ella se intenta explicar los vacíos y limitaciones que esta 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 la 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 el Informe analiza en profundidad 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- la afectación de los derechos humanos del pueblo mapuche como consecuencia de la actividad de estas empresas.

En cada caso se identifica la responsabilidad que corresponde tanto al Estado como a los titulares de los proyectos de inversión analizados, 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 (PR) de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Se trata de casos que a nuestro entender dejan en evidencia clara como 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 y defensa de derechos humanos y de pueblos indígenas creada hace 10 años

como Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, hoy constituida como una fundación¹.

Agradecemos a las organizaciones del pueblo mapuche - en particular el Parlamento de Koz Koz y el 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 los derechos de los pueblos indígenas.- en este caso el 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

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 estas², 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.

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 pueden infringir las obligaciones impuestas por el Pacto sino adoptan las medidas adecuadas "para

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.

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, o en sectores específicos, o en recursos fundamentales para la subsistencia humana que 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 este Comité 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 sólo cuando desarrollan acciones directas en este sentido, sino que 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 indispensable⁶.

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

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.

⁴Comité 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 Observación General N° 15, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para. 23. El Comité agrega que “Por terceros se entiende 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.

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 afecte 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.

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 desarrolladas por el Representante Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, John Ruggie, siendo adoptados como suyos por el Consejo de Derechos Humanos de la misma entidad el 2011¹². 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) ;

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

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.

-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

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

¹³ Ibid, Principio 3

¹⁴ Ibid principio 11

¹⁵ Ibid, Principio 12

¹⁶ Ibid, Principio 13

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 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 estatales²⁰. Finalmente, las empresas « deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces. »²¹

A pesar de la críticas de que los PR de Naciones Unidas sobre la materia han sido objeto por parte de las organizaciones de derechos humanos, 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, y por no establecer con claridad las obligaciones extraterritoriales de los Estados, más allá de sus fronteras²², la adopción de estos PR por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y por muchas instancias internacionales, incluyendo la Unión Europea, hacen de ellos un instrumento fundamental, el que no puede ser ignorado por los estados, así como tampoco 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 humanos²³. Así

¹⁷ Ibid, Principio 17.

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

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 comerciales²⁴.

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 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

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 No. 19: El derecho a la seguridad social* (art. 9 del Pacto), 4 de febrero de 2008, para. 54.

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.

las fronteras de los estados frente a la violación de derechos humanos de comunidades locales, pueblos indígenas, entre otros.²⁸

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 PR²⁹, haya elaborado el 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 de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) 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 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 el mismo 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 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

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 5 miembros de los 5 continentes, la mayor parte de ellos vinculados al sector empresarial. Su mandato fundamental, renovado el 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 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

³² Ibid, para. 31

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 Relator Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, por su parte, basado en el marco conceptual de los PR de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, intentó determinar la debida diligencia de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas³⁴. 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 ellas³⁵. 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, carecen 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 proyectos³⁶.

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 indígenas³⁷. 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 desarrollo³⁸.

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.

En su último informe como RE Anaya (2013) sobre industrias extractivas y los pueblos indígenas ahonda en esta materia señalando que como consecuencia de su 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 estas deben resultar en una verdadera asociación y participación en los beneficios³⁹.

Cabe señalar que el derecho al consentimiento libre, previo e informado (CLPI) frente a proyectos de inversión con impactos adversos en los pueblos indígenas, reconocido en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos Indígenas, por 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

Aunque 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 (en adelante la Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH)) 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 particular 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

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.

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 – el que incluye entre otros instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, 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, el 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 intereses⁴².

En el caso de las comunidades mapuche pehuenche de Chile (*Mercedes Julia Huenteao Beroiza et al. Vs. Chile*) que alegaron 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. 21) y a la protección judicial (art. 25)) por la aprobación por el Estado chileno de la construcción de una central hidroeléctrica en el río Biobío, las peticionarios y los representantes del Estado alcanzaron el 2003 una solución amistosa ante la CIDH. En dicho acuerdo el Estado 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, y para compensar a las familias peticionarias así como a dotar de tierras a las comunidades mapuche pehuenche.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 otorgó 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 pueblo⁴⁴. El 2011 otorgó una medida similar a favor

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

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

⁴³ CIDH, *Mercedes Julia Huenteao Beroiza et al. Vs. Chile*, petición n.º 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,

de comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú, en Pará, 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 Xingú⁴⁵.

Por su parte la Corte IDH, en el caso de la comunidad de *Awas 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 ellas⁴⁶. 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

En su jurisprudencia en el caso de la Comunidad de *Sawhoyamaka Vs. Paraguay*, además, la Corte IDH ha extendido 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

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. *ComunidadesIndígenasNgöbe 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 AwasTingni 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.

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 sólo de consultarlos de manera apropiada⁵⁰, sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones⁵¹. 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 naturales⁵².

Más recientemente, el 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 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", "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

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

⁵⁰El 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.

⁵¹En 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

⁵²Al 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.

involucrados, y tomando en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades previstas tendrán en los pueblos indígenas⁵⁵.

La importancia que ha adquirido la relación entre actividad empresarial y los derechos humanos en la región se ve reflejada además en 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 Empresarial⁵⁶. En dicha resolución, junto con promover la aplicación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, y exhortar a los Estados Miembros a que den difusión a ellos, se solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo 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 Vicepresidenta, Comisionada, Relatora de Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 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. Ello en particular cuando estas afectan, como ocurre frecuentemente en la región, los derechos de sectores particularmente vulnerables, como lo son los pueblos indígenas.

II. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE

1.- Antecedentes sobre el pueblo mapuche

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.

⁵⁷ Ibid, N° 1.

⁵⁸ Ibid, N° 3.

Con una población estimada hoy en un millón de personas, el pueblo mapuche habita la zona centro sur de Chile⁵⁹. 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 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, estos podían ser comparados en algunos aspectos a ciertos tratados celebrados por los pueblos indígenas en Norteamérica tanto británica y 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 por el Congreso de 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 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 has. de un territorio original estimado en 10 millones de has.⁶³

⁵⁹ Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta CASEN*, 2009. En Argentina su población es estimada en 300 mil (Hernandez, 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 en 1816, en las postrimerías del régimen colonial. De Avila, 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 desposeimiento 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° 2568 y 2570 de 1979) profundizó la división forzada de la comunidad mapuche. Como consecuencia de dicha legislación desde 1979 hasta 1988 se dividieron 2.918 comunidades 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 luego de la recuperación democrática de la Ley 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, 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, ya sea de carácter extractivo, 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, EU, 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 e 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, 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 postergación 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

⁶⁴ *Ibid.*

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

crecimiento (pino radiata y eucaliptus) en el centro sur de Chile. 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 forestales incluyen la usurpación de tierras de títulos de merced reconocidos a los mapuche, así como de tierras de propiedad ancestral. 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 cargo⁶⁶.

Junto a ello 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 el 2004⁶⁷. 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 el 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 en 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 en el país. La comuna más pobre del país, con un 49% de pobreza, es Alto Bío Bío, ubicado en la región del mismo nombre, comuna en que se construyera la central hidroeléctrica Ralco antes referida que cuenta con un 72% de población mapuche⁶⁹. Lo anterior da cuenta de la 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 social que ha sido criminalizada por el Estado. Es así como desde el 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 mismo año a la fecha han existido ocho causas penales abiertas, en las que se les ha

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 Estudio de Impacto en Derechos Humanos.

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

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

imputado 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 comunes⁷⁰.

Se trata de una realidad que ha concitado la preocupación de numerosas 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 del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, sobre su visita a Chile el 2013, se constata que las protestas mapuches representan la gran mayoría de los procesamientos con arreglo a la legislación antiterrorista, ley que 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 allanamientos⁷¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 Catrimán y otros vs. Chile* (2014). En dicha sentencia la Corte IDH condenó al estado de Chile por la violación de entre otros derechos, la legalidad y presunción de inocencia, las garantías judiciales, la libertad personal en el caso de ocho condenados mapuche por dicha legislación.

2.- Marco normativo aplicable

2.1.- Marco normativo referido a pueblos indígenas

2.1.1.- Ley N° 19.253 sobre Protección fomento y desarrollo de los indígenas

Desde 1993 se aplica a los pueblos indígenas la Ley N° 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 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).

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*. A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014

En ella se identifica 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, además 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); financiar la solución de conflictos de tierras que recaigan sobre tierras indígenas (artículo 20 b)⁷²; y financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua (artículo 20 c). La ley también establece que el Fondo estará también constituido por tierras de propiedad del Estado, las que pueden ser transferidas 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 aguas⁷³, 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 compra de tierras realizadas por CONADI para comunidades indígenas derivados de la pérdida de tierras antes reconocidas por el Estado a estas (artículo 20 b) se habían adquirido para indígenas, en su mayor parte mapuche, un total de 147.733 hectáreas⁷⁴.

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.

El 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 este, 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. El 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 originarios⁷⁵, por lo que su aplicación ha sido muy lenta.

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 económico, social y cultural (art. 7.1) , y a sus costumbres y derechos consuetudinario (art.8.1), 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

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

los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado (CLPI) antes de que los estados adopten medidas que les afectan, 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 naturales⁷⁶, 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).

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 centrada en la adquisición a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, vía mercado, de tierras para familias indígenas. 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 2° de la Constitución Política de la República (CPR), constituyen un límite para la soberanía del Estado, e imponen a los órganos que conforman el Estado 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 relativas al derecho a la consulta y la participación política⁷⁷. 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 determinado por el orden público-económico establecido en el capítulo sobre derechos fundamentales de la Constitución Política de la República (CPR) de 1980⁷⁸, 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

⁷⁶La 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).

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

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

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 sus recursos de propiedad y uso ancestral en base a 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, para luego de su evaluación, entregar o no los permisos ambientales correspondientes.

2.2.1.- Legislación sectorial sobre recursos naturales aplicable al pueblo mapuche

i.- 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° 1122 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 consagra una amplia protección jurídica a la titularidad de los derechos de aprovechamiento, derecho que posee las mismas garantías constitucionales consagrando para la protección del derecho de propiedad⁷⁹. 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

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”. El destacado es del autor.

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”. El destacado es del autor.

habitantes de la Nación⁸², se concede 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 especie⁸³, reduciendo las potestades de la autoridad administrativa 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 deseen⁸⁴. 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 sólo ENDESA concentra la propiedad del 81% de los derechos de agua de carácter no consuntivo utilizados para generación hidroeléctrica nivel nacional⁸⁵.

En junio del año 2005 se promulgó la Ley 20.017 que introdujo ciertas 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 aprovechamiento) y contempla 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 el uso de los recursos hídricos, y desvinculando los causes de los territorio en los que se emplazan.

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 e 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.

ii.- 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 y al desarrollo de la industria forestal derivada de la plantación de especies exóticas fundamentalmente (pino y eucaliptus) 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 adherencia. 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 25% 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 la bonificación. En lo que refiere a la protección de bosques, exige la presentación y aprobación 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 de 29 de Enero del 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.

iii.- 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 Reglamento 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 LBMA⁸⁶

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.

⁸⁶ La CEA se encuentra conformada por: el Intendente, 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.

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.

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.

Respecto a los contenidos sustantivos del DS N° 40 de 2012, en lo que refiere a la consulta indígena, debemos consignar que son diversas las normas que no se corresponden con los estándares establecidos en el Convenio 169 de las OIT. Ello en particular por cuanto: (i) Se limita la procedencia de la consulta previa solo a proyectos de alto impacto evaluados por vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA), considerando que sólo existe susceptibilidad afectación cuando los proyectos contemplan reasentamiento de comunidades humanas (art. 7 reglamento); alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (art. 7 reglamento); localización en o próxima en territorios indígenas y valor ambiental del territorio (art. 8 reglamento); y cuando dicho proyecto represente una alteración del patrimonio cultural (art. 10). Por otro lado no se considera que hay dicha susceptibilidad cuando hay riesgo para la salud de la población; o efectos adversos significativos sobre recursos naturales renovables valor paisajístico o turístico (art. 11 Ley 19.300); (ii) Se restringe la consulta a casos de afectación directa, lo que es determinado a priori por la autoridad excluyendo de esta a los proyectos ingresados al SEIA por vía Declaración de Impacto Ambiental (DIA) (artículo 27 y 86, RSEIA); (iii) 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); (iv) Se descarta expresamente y a priori la necesidad de consentimiento previo en cualquier circunstancia; (v) Para aquellos casos en que el 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); (vi) Sujeta la proscripción del traslado forzado a la legislación sectorial vigente; (vii) 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.

3.- 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 Republica 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, tanto nacionales como transnacionales. Tales inversiones, entre las cuales destacan las de carácter hidroeléctrico, forestales 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 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 (PR) de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

3.1.-Proyecto central hidroeléctrica Neltume

3.1.1.- 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 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, serían descargadas las aguas para generar energía (497 MW). Cabe mencionar que en dicho sector habitan tres comunidades mapuche, y existe un complejo ceremonial, compuesto por un *nguillatun* y un cementerio indígena⁸⁷.

El proyecto considera además la construcción de una línea de transmisión eléctrica para transmitir 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

⁸⁷ *Estudio de Impacto Ambiental Central Hidroeléctrica Neltume*, Capítulo 1 Antecedentes y Descripción del Proyecto

Neltume – Pullinque” atravesaría las tierras de propiedad legal y ancestral de diversas comunidades del territorio, el que se tramita ambientalmente 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 la propia 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.⁸⁸ 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 la época en que habitualmente se celebra la ceremonia [del *Nguillatun*]”.⁸⁹

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 sólo 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.⁹⁰ 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 humedal⁹¹.

Por otra parte, el proyecto amenaza seriamente las actividades productivas de carácter turístico que las comunidades del sector ha desarrollado en los últimos años. De esta manera, se amenaza el derecho fundamental de las comunidades a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo.

3.1.2.- 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,

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

89 Ibid.

90 Ibid.

⁹¹ *Estudio de Impacto Ambiental Central Hidroeléctrica Neltume* - Capítulo 4 Predicción y evaluación del Impacto Ambiental

Lorenzo Carimán, Enrique Quisulef, Antonio Curiñanco y Coltue. Éstas comunidades se verían afectadas por el aumento de la zona de inundación del humedal y la alteración de las condiciones ambientales de éste.

3.1.3.- 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.

3.14.- Afectación de derechos

Como se ha mencionado 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 “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 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 el 2008, y vigente desde el 2009, los principales derechos 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, los que comprenden “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 “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)

-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)

3.1.5.- Análisis del cumplimiento de las obligaciones del Estado y las empresas

Siguiendo el ordenamiento propuesto por los Principios Rectores (PR) sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas 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 este. También constatamos la inexistencia de mecanismos efectivos para impedir, reparar y mitigar la violación derechos humanos como consecuencia de la construcción de la central.

i.- 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 ratificado el 2008. 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 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 ratificado por Chile, 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 por aquel [por los proyectos].⁹² 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 involucradas.

Lamentablemente, 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 el, intervención que ha estado asociada a hostigamientos, prácticas divisorias, desconociendo acuerdos, y a la imposición de plazos no consensuados con las comunidades. Además, se ha desconocido a las organizaciones representativas del Territorio, particularmente al Parlamento Mapuche de Koz Koz, el cual ha sido arbitrariamente excluido del proceso de consulta.

Dicho proceso ha constado 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 principalmente en la entrega de información por parte del SEA a dichas comunidades. Las reuniones han tenido una dinámica principalmente expositiva hacia las comunidades, sin que ésta tengan mayor injerencia en

⁹² Resolución exenta N° 002 del 29 de abril de 2013, disponible en línea <<http://seia.sea.gob.cl/archivos/DOC300413-30042013.pdf>> .

referirse a su opinión respecto a la aprobación o rechazo del proyecto, o incluso definiendo los términos de la posible Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto. El proceso de consulta más bien ha sido concebido 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 seriamente 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 incorpora diversos elementos procedimentales y de fondo para su realización de conformidad al estándar internacional especialmente en lo relativo a; (i) la necesidad de un levantamiento de información imparcial y adecuada de los efectos del proyecto en el modo de vida de las comunidades afectadas; (ii) y a 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. La propuesta, además, demanda 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.

Es en este contexto que la comunidad Inalafken decidió no participar de este proceso mientras no se incorpore 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 éste no cumple 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 las comunidades 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 solicitados. Respecto a la solicitud de iniciar un procedimiento en base a la propuesta presentada por las recurrente 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, sólo 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 sólo como una solicitud de recursos para contratar técnicos, ésta fue rechazada, respondiendo que ello sólo 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 país⁹³. También desestima el requerimiento de informes accesorios de organismos públicos especializados, argumentando que estos ya manifestaron 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 Inalafken⁹⁴.

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 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 sólo 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 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 empresas 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

⁹³ 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.

⁹⁴ *Diario Austral de Valdivia*, “Comunidades mapuches acusan supuesto vicio en la consulta por Central Neltume, 30 de diciembre de 2014, pág. 5. Disponible en <http://www.australvaldivia.cl/imprensa/2014/12/30/papel/>

los pueblos indígenas, como el *nguillauwe*, de modo de asegurar que estas protejan efectivamente los derechos de las comunidades mapuche afectadas por este proyecto de Central hidroeléctrica.

ii. -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 esta 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.

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 mismas comunidades. Así desde su llegada al territorio en el año 2007, ésta ha desplegado una serie de las malas prácticas que van desde el ingreso de sus trabajadores a nuestras tierras sin autorización, a la difusión constante de información falsa e intencionadamente errónea respecto a los impactos que generará el proyecto.⁹⁵ 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 nuestras familias.

La misma empresa ha buscado el apoyo de miembros de comunidades mapuche cercanas y de organizaciones sociales y localidades aledañas al área de influencia del proyecto. Todo esto ha ocasionado 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, la cual es una de las recurrentes.

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.

iii. - Mecanismos para impedir o mitigar violación derechos humanos

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

A pesar de que las comunidades mapuche hicieron ver en el marco de la evaluación de impacto ambiental las múltiples y graves afectaciones a sus derechos que, de ser aprobado, el proyecto central Neltume generaría, el proyecto 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 otro lado, 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.

Ello motivó a las comunidades del territorio el 2014 a interponer 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.⁹⁶ Dicho recurso de protección 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 de Apelaciones fue apelada ante la Corte Suprema, la que más tarde confirmó el rechazo al recurso⁹⁷.

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 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 el caso del pueblo *Saramaka v. 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]”⁹⁸. 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

⁹⁶ 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 previa indígena en el marco de 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)

⁹⁷ Rol Corte Suprema: 12450-2014.

⁹⁸ 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.

inefectividad, constituye una violación de los artículos 8, 25, 2 y 1.1 de la Convención Americana.”⁹⁹

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 del 2012¹⁰⁰, y el otro en mayo de 2013 para realizar allí, en el marco de juntas de accionistas de ENEL, una denuncia pública por la situación que afecta a las comunidades mapuche por la central Neltume, denuncia que no ha sido atendida a la fecha.

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

3.2.1.- El proyecto

A mediados de la década de los noventa la pequeña localidad costera de Mehuín¹⁰¹, 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 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 reunieron en un Comité de Defensa de Mehuín, logrando la autoridad ambiental rechazara el proyecto de dicto al mar propuesto por CELCO en dicha localidad, lo que llevó al Estado a autorizar en cambio su instalación en el río Cruces, un humedal declarado Santuario Natural y el río cruza por 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 Cruces¹⁰² generados desde la puesta en marcha de la planta de celulosa de Valdivia de CELCO el 2004, llevaron el 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.

⁹⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 74(b).

¹⁰⁰ 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-endsa-por-proyecto-de-central>

¹⁰¹ Mehuín es una localidad ubicada a 800 kms al sur de Santiago. En la lengua del pueblo mapuche hace referencia a un lugar donde se deposita guano o estiércol.

¹⁰² 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 el link:

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”¹⁰³, 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 culmina 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 m 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 Litoral¹⁰⁴. 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 estructuran sus sistema de vida y costumbre.

3.2.2.-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 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, cuya forma de vida (económica, religiosa, social y cultural) e identidad cultural se vincula estrechamente tanto al río Lingue como a la bahía de Maiquillahue en la que el proyecto contempla la desembocadura final del emisario de descarga.

Ello 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.

3.2.3.- La empresa responsable del proyecto

¹⁰³ Al respecto en la prensa de la época trascendió la oposición del movimiento ambiental de la época. Frente a las propuesta estatal de construir un ducto al mar:

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2005/08/05/191207/ambientalistas-rechazan-idea-de-lagos-de-lanzar-desechos-de-celco-al-mar.html>

¹⁰⁴ EIA proyecto Sistema de Conducción y Descarga al mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia, Capítulo 2: Descripción 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 envíos¹⁰⁵.

Arauco es hoy la segunda más grande exportadora de celulosa del mundo luego de la brasileña Fibria¹⁰⁶. De 605 mil toneladas que producían en 1990, pasaron en 10 años a 1,83 millones de toneladas y en 20 años a 4.53 millones de toneladas¹⁰⁷. 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 un rápido crecimiento de las plantaciones en Chile.

3.2.4.- 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 este, se comprende un tramo que pasa por terrenos de 30 propietarios indígenas mapucher-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 esto, debe tenerse conciencia 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 es individual en estos predios, de igual manera forman parte de un territorio indígena y, por lo tanto, existe un uso colectivo del mismo.

Por su parte, el proyecto se localiza próximo a 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 *nguillatuwe* (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.

¹⁰⁵ www.arauco.cl/_file/file_3143_pulp%20catalog.pdf

¹⁰⁶ http://www.svs.cl/documentos/pueag/crcr/recr_2013120115743.pdf

¹⁰⁷ <http://diario.latercera.com/2011/12/08/01/contenido/negocios/10-93187-9-arauco-aumentara-en-30-produccion-de-celulosa-hacia-2014.shtml>

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. La construcción de un emisario submarino de eliminación de los RILES industriales de la Planta de Celulosa Valdivia, amenaza seriamente la vocación productiva del territorio que dichas comunidades han definido a lo largo del tiempo.

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 Pueblos 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 uso consuetudinario que los pueblos indígenas desarrollan en el. 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, 5 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 la comunidades sobre el borde costero.

Considerando el Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile el 2008, y vigente desde el 2009, 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).

-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 “...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)

3.2.5.- 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, mitigar la violación derechos humanos como consecuencia de la construcción de la central.

i.- 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 que se verían afectados. 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 costero¹⁰⁸.

Paralelamente, entre el 28 de abril y 28 de mayo de 2010 fueron ingresadas a la CONAMA 71 observaciones ciudadanas¹⁰⁹ de personas afectadas por el proyecto, muchas de ellas personas y comunidades mapuche-lafkenche en 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, 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 2010 la COREMA calificó el proyecto favorablemente (10 a favor, 7 en contra, y una abstención), otorgando su Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA)¹¹⁰ N° 027. Como se verá más adelante, esta resolución implicó una serie de graves vulneraciones a los derechos de las comunidades mapuche-lafkenche.

Por otra parte, la aprobación de éste proyecto debió haber considerado un proceso de previa consulta a las comunidades mapuche-lafkenche en los términos del Convenio 169

¹⁰⁸ Dicha posición fue manifestada por CONADI en los siguientes oficios: Oficio Ordinario N° 248 de fecha 08 de septiembre de 2009, el Oficio Ordinario N° 01 de fecha 08 de enero de 2010, el Oficio Ordinario N° 070 de fecha 08 de febrero de 2010 y el Oficio Ordinario N° 088 de fecha 19 de febrero de 2010.

¹⁰⁹ https://www.e-seia.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=3580072#-1

¹¹⁰ <https://www.e-seia.cl/documentos/documento.php?idDocumento=4064426>

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 ésta 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 cumplida ya 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* que, tratándose de planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios 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 carentes de independencia contratados por las empresas, 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 *nguillauwe*, de modo de asegurar que estas 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.

ii. –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 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 en 1966 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

Más tarde, uso diversos recursos para doblegar la oposición de esta población costera. CELCO suscribió diversos “Convenio 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 ducto¹¹¹, lo que generó enfrentamientos entre miembros de la comunidad, la que debió incluso ser amparada por los tribunales de justicia.

Arauco generó también 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 imagen 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.

iii.- Mecanismos para impedir o mitigar violación 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

¹¹¹ 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.academica.com/000-080/490.pdf> [consultado el día 31 de diciembre de 2014]

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 y señalando específicamente que esta ya se encontraba contemplada en la Participación Ciudadana del SEIA. (Considerando 11º). 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 14º). 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 7º). En sus considerandos siguientes justificó la aserción 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 esta 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 de una Solicitud de Medida Cautelar ante la Comisión Interamericano de Derechos Humanos, en abril del 2011¹¹², 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 la

¹¹² Su folio ante la comisión en P – 493 – 11

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la espera del análisis de su admisibilidad.

3.3.- Piscicultura Caburga II

La salmonicultura es una actividad que comenzó a desarrollarse en gran escala en Chile a contar de la década de 1980.¹¹³ 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 una mano de obra barata comparativamente a otros países. A ello se agregan los incentivos otorgados por el Estado a 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 US\$ 3.500 millones de dólares, posicionándose como la segunda mayor actividad exportadora de Chile.¹¹⁴ Ello determina que Chile sea hoy el segundo productor y exportador mundial de salmón y trucha cultivado después de Noruega, con una cosecha de 804.000 toneladas en 2012 (es decir el 76,2% de la cosecha acuicola total del país).¹¹⁵

La salmonicultura en Chile 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 el 2012 (2.364 sobre los 3.507 autorizados), un total de 852 son centros de cultivos de salmónidos¹¹⁶. De ellos el 43,8% están ubicados en la región de Aysen (XI), el 39,2% en la región de Los Lagos (X), y el 5,8% en la región de la Araucanía (IX)¹¹⁷. 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

¹¹³<http://www.salmonchile.cl/frontend/seccion.asp?contid=&secid=3&secoid=3&subsecid=16&pag=1>

¹¹⁴ <http://www.aquachile.com/>. Los pescados y crustaceos, moluscos y demás invertebrados acuáticos representen 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, agrrios (cítricos), melones o sandías (20%)), con salmónes contando por un 8,1% del total. Cifras a junio 2013, Ferrier, Emeline, *Informe sobre el impacto de las empresas en los derechos humanos del pueblo mapuche. La salmonicultura.*, Observatorio Ciudadano, inédito, 2013.

¹¹⁵ 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

¹¹⁶ 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 2013. http://www.sernapesca.cl/presentaciones/Informe_Final_Rendicion_de_Cuentas_2012_Art_4_B_LGPA_SERNAPESCA.pdf

¹¹⁷ Fuente : 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

de US \$ 140,945 Millones, había sido aprobados por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).¹¹⁸

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.

3.3.1.-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 salmónidos. 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 a 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, 68 estanques de cultivo con capacidad para 1.735 metros cúbicos. Ella se emplazan en las tierras que forman parte del Título de Merced de la comunidad Cumirrai Ñanco Vda. De Ñanculef, tierras que les fueron usurpadas y hoy se encuentran en poder de particulares no indígenas¹¹⁹. 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, ubicada en el sector denominado Quetroleufu, la que se emplaza aguas abajo en mismo el estero Quetroleufu. De la misma manera se encuentra afectada por la contaminación de las aguas la comunidad Manuel Huaiquivir, 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 Pucon, en la región de la Araucanía.

La empresa se encuentra operando desde 2005. El 2009, sin embargo, mediante Resolución exenta N° 224, la COREMA Región de La Araucanía sancionó a la piscicultura Caburga II, con el pago de una multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) ante la liberación por la empresa de sustancias de color y olor molesto que incumplían con la normativa ambiental¹²⁰. Este hecho dejó en evidencia temprana la falta de diligencia debida de la empresa y su actuación ilegal, generando afectación de las comunidades al devolver a las aguas a los cursos de estero y ríos con contaminantes no autorizados.

¹¹⁸ Ferrier, Emeline, op cit, en base a antecedentes del Servicio de Evaluación Ambiental, 2013

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ http://seia.sea.gob.cl/externos/sanciones/archivos/SAN_idExp3019_idSan2334.PDF

El 2012, la empresa presentó al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA), 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 aumentar la superficie construida de 1.200 metros a 5.464 metros cuadrados, incluyendo entre las obras galpones, bodegas, etc.,. 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 a legitimar una ampliación de hecho verificada desde la primera autorización ambiental de 2002 y el 2013, lo que da cuenta de la ilegalidad de su actuación¹²¹.

Dicha DIA fue aprobado por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía mediante Resolución Exenta N° 123 de 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 estas 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 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 agrega 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 art. 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. A ello se agregó 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 ratificado por Chile el 2019, y que se encuentra vigente.

No obstante la solida argumentación legal acompañada a este recurso, este fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco a inicios del 2014, la que argumentó que las comunidades no habrían demostrado la afectación directa que ameritaría el desarrollo de la consulta del Convenio 169 de la OIT¹²².

¹²¹ Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, Resolución Exenta 123 de 6 de junio de 2013.

¹²² 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 N° 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 de 06 de junio de 2013, no resulta ilegal ni arbitraria." (Corte de Apelaciones de Temuco, considerando Noveno, 29 de enero de 2014).

3.3.2.- 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 al 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 Unidos¹²³.

AquaChile fue constituida hace 25 años atrás. En la actualidad es la segunda empresa más grande de salmonicultura en Chile¹²⁴. 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 US\$ 398 millones, obteniendo utilidades por US \$ 6 millones. AquaChile acumuló en los últimos doce meses un EBITDA de US\$ 72 millones¹²⁵.

3.3.3.- 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 de 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, que en especial en verano, llega al sector. Por ello no resulta extraño que hayan rechazado la ampliación de esta piscicultura.¹²⁶

La afectación directa de las otras comunidades del sector es especificada en el recurso de protección antes referido presentado por estas ante la justicia el 2013. Como se señala en el recurso: "...[l]a Comunidad Indígena Mariano Millahual, del sector

¹²³ <http://www.aquachile.com/>

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.* El Ebitda es un indicador que da cuenta del beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros.

¹²⁶ Lifko Consultores, *Estudio antropológico Piscicultura Caburga II. Proyecto de Ampliación*. Pucon, noviembre de 2012, pp. 37-44

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 del 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 mimbre ya no existen al lado del río debido a la contaminación.”¹²⁷

Por su parte la afectación de la comunidad Manuel Huaquivir es también descrita en el mismo recurso: “La Comunidad Indígena Manuel Huaquivir 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 eltun 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.”¹²⁸

Considerando el Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile el 2008, y vigente desde el 2009, 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, los que comprenden “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)

¹²⁷ Recurso de protección, Comunidad Indígena Mariano Millahual y otros , contra Comisión Evaluación Ambiental de la Región de la Araucanía, 2013, p. 6.

¹²⁸ Ibid.

-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)

-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)

3.3.4.- Incumplimiento de obligaciones por parte del Estado y las empresas

Al igual que en los casos anteriormente analizados en este Informe, y en base a las directrices de los PR de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos antes reseñados, 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, mitigación o reparación de los derechos humanos frente a su vulneración o amenaza de afectación en el marco de esta actividad económica.

i.- Incumplimiento del deber del Estado de proteger los derechos humanos

El Estado incumplió, entre otras obligación de hacer cumplir las leyes que tienen por objeto hacer respetar los derechos humanos de pueblos indígenas por parte de las empresas a 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 por parte 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 un 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, impidiendo la imposición de 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 la ley indígena (ley 19.253) y de adoptar modificaciones de modo de asegurar que estas 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 el 2002, como al otorgar autorización a su ampliación el 2013, consumando una ampliación de hecho e ilegal.

ii.- 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 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

iii.- Mecanismos para impedir o mitigar la violación de derechos humanos

En cuanto al acceso a mecanismo tanto judiciales como extrajudiciales para la reparación de las violaciones de derechos humanos cometidas por la empresa a las víctimas 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 esta obligación establecida en los PR de Naciones Unidas al no contar con mecanismo alguno que permitiese la reclamación por parte de las comunidades afectadas frente a la violación de sus derechos humanos por las actividades de Caburga II.

Conclusiones

1.- El marco normativo vigente en Chile referido a los pueblos indígenas y a sus derechos no es suficiente para prevenir la vulneración de los derechos de las comunidades afectadas por las industrias extractiva, esto, producto de que el marco regulatorio relativo a las utilización de los recursos naturales y el medio ambiente, no reconocen derechos a los pueblos indígenas, lo que implica que recursos naturales como el agua, hayan sido apropiados por terceros no indígenas, y definan bajo las leyes del mercado las formas de utilización de éstos.

2.- Respecto al deber del Estado de proteger a las comunidades indígenas de violación de sus derechos por parte de industrias extractivas, se evidencia un constante desconocimiento y desprotección de los derechos de las comunidades indígenas, amparándose en el hecho de que los proyectos en cuestión cumplen con la normativa legal interna. Desde esa perspectiva es posible identificar que los organismos del Estado, principalmente aquellos vinculados a la Evaluación Ambiental de los proyectos, han procurado que los proyectos en cuestión cumplan con la legislación nacional (derechos de aguas, permisos sectoriales), desconociendo los impactos culturales, sociales, productivos y ambientales que dichos proyectos puedan acarrear para las comunidades mapuche que habitan en los Territorios en los que los proyectos se pretenden instalar o están instalados. Además, se ha evidenciado un constante desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en instrumentos internacionales vinculantes, como es el caso del Convenio 169 de la OIT, y en especial, el derecho de los pueblos indígenas a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo, y el ejercicio del derecho a la consulta. Respecto a este último podemos afirmar que la forma en que el Estado de Chile ha asumido la obligación de consultar a los pueblos indígenas frente a medidas administrativas o legislativas que los afecten no ha sido la correcta, y ello ha implicado una constante vulneración tanto a los derechos territoriales, culturales, religiosos, ambientales y productivos de las comunidades mapuche afectadas por dichos proyectos.

3.- Un elemento común en respecto al actuar de las empresas es que éstas no cumplen con el deber de respetar los derechos humanos. Ello al no abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas que sobre estos derechos han tenido sus proyectos. Cabe tener presente que de acuerdo a los Principios Rectores tales derechos comprenden los derechos humanos reconocidos en tratados de derechos humanos como lo es el Convenio 169, el que como se señalara no fue respetado en derechos fundamentales. Un elemento muy complejo, han sido los procesos de cooptación de voluntad que han llevado adelante respecto las comunidades que habitan en los Territorios en los que pretenden instalar sus proyectos, los que a través de la entrega de dadas económicas han derivado en un proceso de fragmentación del tejido social de dichos

espacios, polarizándose en los que “están con la empresa” y los que “están en contra de la empresa”. Desgraciadamente, producto del acotado marco legal chileno, dichas situaciones resultan absolutamente impunes para las empresas responsables, y es más, les facilitan sus procesos de negociación e inserción en los Territorios. Otro elemento complejo, es que en muchos casos las empresas actúan sin prevenir ni mitigar las consecuencias negativas de sus actividades productivas, tales como las implicancias adversas que ellas han tenido en la contaminación del medio ambiente, de cursos de aguas de uso tradicional de las comunidades, y fundamentales la amenaza de los planes de vida y prioridades de desarrollo de las comunidades indígenas. Un elemento común es la falta de debida diligencia en materia de derechos humanos, por parte de las empresas al no evaluar el impacto real y potencial de sus actividades en los derechos humanos de las comunidades.

4.- En relación a la existencia de mecanismos para impedir, mitigar violación derechos humanos, tal como se evidenció en los casos analizados, las comunidades afectadas recurrieron ante los Tribunales de Justicia, buscando una respuesta para la protección de sus derechos, los que se ven amenazados por la instalación de los proyectos en cuestión. En la gran mayoría de los casos la respuesta de los Tribunales ha sido el rechazo de las acciones presentadas, negándoseles a las comunidades afectadas el amparo a sus derechos constitucionales y legales, incluyendo el Convenio 169 de la OIT, esto no obstante existir fundamentos suficientes para ser acogidos. Ello evidencia que en Chile no existe acceso a mecanismos judiciales o extrajudiciales para la reparación de las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas a las victimas estos efectos, por lo cual el Estado no garantiza mecanismos judiciales o administrativos efectivos para ello. De la misma manera, las empresas también incumplen la obligación establecida en los Principios Rectores, al no contar con mecanismo alguno que permitiese la reclamación por parte de las comunidades afectadas frente a la violación de sus derechos humanos por sus actividades