

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 19 de octubre de 2015 – Sesión 274

## **I. Resumen Ejecutivo**

El proyecto de ley que se informa trata sobre la extensión, por el período de tres años, a contar del 1 de enero de 2016, de la bonificación establecida inicialmente por el decreto ley 701, de 1974, bonificación destinada a fomentar la actividad forestal a través de subsidios a los costos de plantación de especies exóticas.

Para estos efectos, el informe se divide en una primera sección de antecedentes relacionados con el proyecto de ley y con la industria forestal chilena, dentro de los cuales se esboza la política forestal del país; se resumen las justificaciones para legislar sobre la materia; se detallan varios antecedentes relativos a los impactos sociales y ambientales que estaría provocando la industria; y se particulariza un conflicto que se desarrolla sobre tierras y territorios indígenas, específicamente, concerniente al pueblo mapuche.

Enseguida se presentan una serie de estándares internacionales sobre derechos humanos atinentes al presente informe, los que se engloban en las obligaciones del Estado y en las directrices y orientaciones de las empresas frente a violaciones de los derechos humanos; el derecho y deber de consulta previa, según el Convenio N° 169 de la OIT; el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, junto a una referencia al principio preventivo o enfoque precautorio en materia medioambiental; y el derecho humano al agua.

El informe finaliza con un análisis crítico de la idea de legislar y de extender los beneficios del DL 701, siendo la tesis central de que en su virtud, dado que incentiva el crecimiento de la industria forestal sin que ésta se haya sometido a un proceso de reconversión mayor, se continúen afectando los derechos humanos antes mencionados.

## II. Antecedentes

### (a) Política forestal chilena

Conforme lo señalan los antecedentes expuestos en el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 343-363,<sup>1</sup> a partir de la promulgación del Decreto Ley N° 656 de 1925 se establecieron en Chile incentivos a la actividad forestal, fundamentalmente mediante aportes a las plantaciones y manejo forestal y exenciones tributarias como la del impuesto territorial. Con la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley N° 265, de 1931, se dicta el Decreto Supremo N° 4.363 del Ministerio de Tierras y Colonización, conocido como la Ley de Bosques, la que tuvo como objetivos fundamentales normar el uso del suelo y proporcionar incentivos a la reforestación, para evitar el déficit proyectado en la disponibilidad futura de madera, así como mantener las exenciones tributarias.

Luego, con el propósito de incorporar nuevos terrenos de aptitud preferentemente forestal al desarrollo económico del país y a objeto de crear una gran superficie de bosques plantados para abastecer la industria forestal nacional, en octubre de 1974 entró en vigencia el D.L. N° 701 sobre Fomento Forestal, sustituido por el D.L. N° 2565 de 1979, que estableció bonificaciones y exenciones tributarias a las plantaciones forestales. Como resultado de ello, durante los primeros veinte años de su vigencia (1974-1994) se bonificaron 807.203 hectáreas de superficie forestada.<sup>2</sup>

Posteriormente, en mayo de 1998 fue publicada la Ley N° 19.561 que modificó el D.L. N° 701 de 1974 sobre Fomento Forestal. Sus objetivos declarados apuntaban a integrar progresivamente a los pequeños propietarios a los beneficios provenientes del desarrollo forestal, fomentar la protección y recuperación de suelos erosionados mediante trabajos de recuperación y forestación, y modernizar los procedimientos de administración de la bonificación y perfeccionar el régimen de sanciones aplicables. Para lo anterior la ley estableció, por un período de 15 años, incentivos a la actividad forestal con los cuales se esperaba generar las bases para un desarrollo forestal más equilibrado socialmente, y con un mayor aporte a la calidad del medio ambiente.

Durante los diecisiete años de vigencia de los nuevos incentivos el Estado asignó un total de US\$ 476 millones por concepto de bonificaciones forestales, de los cuales aproximadamente el 49% fue captado por pequeños propietarios forestales<sup>3</sup>, revirtiéndose solo parcialmente el proceso de concentración de beneficios que caracterizó la primera etapa del D.L. N° 701 de 1974 en manos de grandes empresas forestales.

En términos de superficie, durante dicho período se bonificaron por forestación 508 mil nuevas hectáreas en el país, de las cuales, aproximadamente, el 38% fueron establecidas en predios de pequeños propietarios forestales. De dicha superficie, 215 mil hectáreas contemplaron labores de protección y recuperación de suelos degradados, de las cuales un 37% corresponde a predios de pequeños propietarios forestales.

Luego, la Ley N° 20.488 de 2011 tuvo como objetivo principal prorrogar por dos años los incentivos del D.L. N° 701 para el establecimiento de plantaciones forestales. En términos de incentivos, la ley focalizó las bonificaciones a las plantaciones asignando porcentajes de 90% para los pequeños propietarios forestales, de 75% para medianos propietarios, y de 50% para grandes propietarios. Este proyecto además incorporó medidas y beneficios especiales para las personas y comunidades indígenas.

De acuerdo al Catastro Forestal de CONAF, en sus 40 años de vigencia el 69.8% de los subsidios otorgados beneficiaron a los grandes y medianos propietarios<sup>4</sup>. De acuerdo a estimaciones basadas en el Censo nacional Agropecuario de 2007, a esa fecha el 78% de las

---

<sup>1</sup> Proyecto de ley que extiende la bonificación establecida en el decreto ley n° 701, de 1974, sobre fomento forestal. Boletín N° 10064-01.

<sup>2</sup> Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 343-363.

<sup>3</sup> Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 343-363.

<sup>4</sup> <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/07/655-639180-9-dl-701-en-40-anos-70-de-aportes-fueron-a-grandes-forestales.shtml>

plantaciones pertenecía a grandes propietarios en contraste con el 4% que pertenecía a pequeños propietarios.<sup>5</sup> No es de extrañar en este contexto que tres grandes conglomerados forestales pertenecientes a los grupos Arauco, CMPC y Masisa al 2014 acumulaban más del 80% de las exportaciones forestales del país, dominando la cadena de producción y comercialización de los productos forestales<sup>6</sup>.

### **(b) Sobre la justificación de legislar para extender por un nuevo periodo las bonificaciones forestales**

El explosivo crecimiento de plantaciones forestales de especies exóticas de rápido crecimiento, como consecuencia de la política forestal antes expuesta pero, particularmente, a partir de la bonificación establecida por el decreto ley 701, es innegable. En palabras de un significativo grupo de académicos de diversas disciplinas de la Universidad Austral de Chile<sup>7</sup>, estas plantaciones “han sido la base del desarrollo y consolidación de un importante sector económico, además de su incidencia en las economías de diversas regiones, especialmente entre el Maule y la Araucanía. Las plantaciones destinadas a la producción de materias primas para la industria forestal (principalmente pino radiata y eucaliptos) se encuentran establecidas sólidamente a gran escala y con positivos balances económicos, a lo cual se suma la leña y biomasa combustible como importantes sectores consolidados (eucaliptos y aromos).” Otros autores, junto con destacar la bonificación implícita del DL 701 subrayan lo que denominan el “ambiente de seguridad” que se habría generado “en materia de tenencia de la tierra y de abastecimiento de materias primas a la industria forestal, elemento que constituye un requisito mínimo indispensable para proyectos de inversión de lenta maduración”.<sup>8</sup>

Cifras oficiales muestran un aumento de 753.002 hectáreas de plantaciones entre 1997 y 2011, con un incremento anual de 37.000 hectáreas en los últimos años y una superficie total de plantaciones que actualmente supera los 2,8 millones de hectáreas.<sup>9</sup> <sup>10</sup> Según consignan estos académicos de la Universidad Austral en su presentación hecha al Presidente de la Comisión de Agricultura a propósito de la tramitación del proyecto de ley en informe, “dadas las ventajas comparativas y competitivas de este sector y, en consecuencia, alta rentabilidad, las plantaciones forestales de especies exóticas han continuado su expansión en forma independiente de la existencia de subsidios, por lo que la eficiencia de la prórroga del DL 701 es discutible.”<sup>11</sup>

En opinión de los académicos de la Universidad Austral antes citados, las circunstancias y los beneficios sociales y ambientales que justificaron el subsidio de las plantaciones por 40 años mediante el DL 701 de 1974 y su renovación en 1994 han cambiado significativamente en nuestro país. Sostienen que hoy existen otros tipos de demandas sociales insatisfechas sobre las cuencas y territorios en que se distribuyen dichas

---

<sup>5</sup> González-Hidalgo, Marien. ¿Agua para quién? Escasez hídrica y plantaciones forestales en la Provincia de Arauco, 2015, disponible en <http://www.aguaquehasdebeber.cl/publicacion/agua-para-quien-escasez-hidrica-y-plantaciones-forestales-en-la-provincia-de-arauco/>

<sup>6</sup> INFOR; Anuario Forestal 2014, disponible en <http://wef.infor.cl/publicaciones/publicaciones.php?subopcion=0>

<sup>7</sup> Carta fechada el 6 de julio de 2015, dirigida al Presidente de la Comisión de Agricultura de la Cámara, Diputado José Pérez Arriagada, por un grupo de 27 académicos de diversas disciplinas de la Universidad Austral de Chile pertenecientes a la Facultad de Ciencias Forestales y Recursos Naturales - Instituto de Conservación, Biodiversidad y Territorio; Facultad de Ciencias - Instituto de Ciencias Ambientales y Evolutivas, e Instituto de Ciencias Marinas y Limnológicas; Facultad de Ciencias Agrarias - Instituto de Economía Agraria e Instituto de Ingeniería Agraria y Suelos; y Facultad de Filosofía y Humanidades - Instituto de Estudios Antropológicos.

<sup>8</sup> Prado, José Antonio (2015). *Plantaciones Forestales. Más allá de los Árboles*. Colegio de Ingenieros Forestales de Chile. Santiago. Página 35.

<sup>9</sup> CONAF. 2011. Catastro de los recursos vegetacionales nativos de Chile. Monitoreo de cambios y actualizaciones. Periodo 1997 - 2011. Santiago, Chile.

<sup>10</sup> CONAF. 2015. <http://www.conaf.cl/chile-asumio-compromiso-contra-la-desertificacion-y-cambio-climatico/> (Consultado el 21 de agosto de 2015).

<sup>11</sup> *Ibíd.* supra 2, página 2.

plantaciones, las que se han generado, al menos en parte, por la excesiva expansión de este uso del suelo. Entre ellas, se cuentan las demandas por restitución de tierras indígenas, el derecho al desarrollo del pueblo mapuche, la degradación ambiental y la escasez hídrica para el consumo humano y para la agricultura de subsistencia que afecta a diversos territorios forestales.

Por otra parte, en la última década se ha desarrollado un amplio conocimiento respecto a opciones de inversión pública en el sector forestal basadas en la restauración de ecosistemas degradados y destruidos. Por ejemplo, se han investigado los principales servicios eco sistémicos de los bosque nativos de Chile, los cuales son los servicios que prestan los ecosistemas y que brindan beneficios directos o indirectos que son clave para la sociedad; se ha cuantificado y estimado el valor económico de la provisión de agua para consumo humano, conservación de la fertilidad de suelo y oportunidades de recreación de los bosques nativos chilenos; se han evaluado y propuesto diferentes instrumentos de política para fomentar la provisión de estos servicios; finalmente, se cuenta con una sistematización y evaluación de los principales proyectos de restauración de bosques nativos realizados en el país. De todo ello dan cuenta las conclusiones de los académicos de la Universidad Austral, apoyados en una diversidad de trabajos científicos.<sup>12</sup>

En suma, la Universidad Austral concluye que “es necesario que el Ejecutivo y los legisladores, sobre la base de sólidos criterios científico-técnicos y económicos, analicen la conveniencia de prorrogar una legislación que por más de 40 años ha promovido las plantaciones comerciales de especies exóticas. Mas al considerar que se trata de un sector productivo consolidado y que hoy en día no requiere de subsidios para su desarrollo. Por otra parte, tanto la escala de estas plantaciones como su homogeneidad y organización espacial han generado una serie de profundos impactos ambientales y sociales negativos ampliamente documentados y vigentes.”<sup>13</sup>

No obstante, existen posiciones que señalan que, si bien el DL 701 cumplió con su objetivo general de fomentar la actividad forestal en base a plantaciones, habría quedado en deuda con los pequeños propietarios forestales. Según estos autores, al día de hoy existirían “más de dos millones de hectáreas de suelos degradados, muchos de ellos de escasa productividad, que deberían ser forestados”.<sup>14</sup> Plantean asimismo que sería necesario “que el Estado continúe con una política de fomento a la forestación con una orientación clara en cuanto a los beneficiarios, ya que la deuda con los pequeños propietarios aún sigue pendiente.”<sup>15</sup> En este sentido, se tornaría imprescindible la adopción de mecanismos de control eficientes que permitan fiscalizar el real destino de los fondos públicos provenientes del DL 701, que bajo este escenario tornarían a la legislación en cuestión en una herramienta de impulso al desarrollo social, más que a una actividad económica *per se*. Finalmente, al igual que lo establecen estos autores el INDH considera que sería “importante que se incorporen mecanismos que permitan establecer bosques con fines netamente ambientales, como son la lucha contra la desertificación y la mitigación del cambio climático”.<sup>16</sup>

### **(c) Impactos económicos, ambientales y sociales de las plantaciones**

Siguiendo los planteamientos de académicos de la Universidad Austral y otros, a continuación se mencionan los principales impactos ambientales y sociales de las plantaciones, los que probablemente se verían incrementados con la aprobación del proyecto de ley en informe al extender la bonificación y por ende el crecimiento y

---

<sup>12</sup> *Ibíd.* supra 2, páginas 2 y 3.

<sup>13</sup> *Ibíd.* supra 2, página 3.

<sup>14</sup> Prado, *Op. Cit.*, página 35.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> *Ibíd.*

sostenimiento de la industria forestal basada, casi exclusivamente, en el cultivo y explotación de especies exóticas.

**1) Provisión de agua: cantidad y calidad.** Investigaciones<sup>17</sup> muestran que por cada 10% que aumenta la cobertura de plantaciones forestales en las cuencas, los caudales de verano disminuyen en un 20%, lo que se explica por el mayor consumo de agua y tasas de evapotranspiración de las plantaciones de pino y eucaliptos, en comparación con otros usos del suelo.<sup>18</sup>

Junto a la reducción del rendimiento hídrico en las cuencas dominadas por plantaciones forestales, la disminución de precipitaciones observada durante las últimas décadas para la zona centro-sur del país está ocasionando serias dificultades en el abastecimiento de agua potable en las zonas rurales.<sup>19</sup> Esta situación ha obligado a establecer un sistema de abastecimiento de agua potable con camiones aljibe, financiado por el Estado, en comunas con problemas de provisión de agua y en donde las plantaciones cubren extensas áreas, incluso en la región de Los Ríos que presenta una mayor pluviometría. De acuerdo a las cifras oficiales para 2014, la región donde se realizó el mayor gasto en abastecimiento de agua potable con camiones aljibe en áreas rurales fue la del Biobío, la cual concentra cerca del 40% de las plantaciones forestales. El gasto en la región fue de \$570 millones de pesos mensuales para 2014 (20% del total nacional), entregando agua a 45.000 personas, lo que representa un 11% del total de beneficiarios en todo el país.<sup>20</sup>

Un estudio reciente realizado en Arauco, provincia que cuya superficie cubierta por plantaciones forestales exóticas alcanza a 315 mil hectáreas, que corresponden al 58% de la superficie total provincial, da cuenta de que cerca de 6 mil de los 57 mil habitantes que habitan en zonas rurales, son abastecidos de agua potable por la ONEMI. El mismo estudio da cuenta de la relación existente entre las plantaciones y la escasez hídrica.<sup>21</sup>

Adicionalmente, se presentaría una decreciente calidad en los cursos de agua en cuencas cubiertas por plantaciones, en comparación con aquellas cubiertas por bosque nativo, por ejemplo, en cuanto a la mayor cantidad de sedimentos presentes.<sup>22</sup> Las plantaciones tienen asimismo una menor capacidad de retención de nutrientes tales como nitrógeno y fósforo, los cuales son acarreados aguas abajo con el consiguiente riesgo de provocar eutrofización en los cuerpos de agua (crecimiento abundante de macrófitos y algas, reducción de la visibilidad, intervención sobre la oxigenación del agua y pérdida de biodiversidad).<sup>23</sup>

**2) Aumento de incendios forestales.** La ocurrencia de incendios ha aumentado especialmente en aquellos territorios que concentran la distribución de plantaciones forestales comparado con otros usos del suelo. Esto se debe a la inflamabilidad de las plantaciones, su homogeneidad sobre áreas extensas y las altas cargas de combustible que generan. Según las estadísticas de incendios forestales de la CONAF para el año 2014, en el lapso de los últimos 15 años, en siete de ellos el área anual quemada de plantaciones ha superado las 20.000 hectáreas, lo que representa el 40% del promedio anual de vegetación

<sup>17</sup> Lara, A., Little, C., Urrutia, R., McPhee, J., Álvarez-Garretón, C., Oyarzún, C., Soto, D., Donoso, P., Nahuelhual, L., Pino, M., Arismendi, I. 2009. Assessment of ecosystem services as an opportunity for the conservation and management of native forests in Chile. *Forest Ecology and Management*. 258, 415-424.

<sup>18</sup> *Ibíd.* Supra. Por otra parte, se ha demostrado que es posible revertir este proceso incrementando los caudales de verano en un 14% por cada 10% de aumento en la cobertura de bosque nativo.

<sup>19</sup> Cárcamo M., A. Lara, L. Palma, M. Lavado, D. Rco, R. Bravo. 2013. Proyecto Innova Cuencas APR, una oportunidad para generar condiciones habilitantes para el desarrollo de comunidades rurales. Hacia la construcción de un modelo de gestión de cuencas en la región de Los Ríos, Chile. En: A. Lara, P. Laterra, R. Manson, G. Barrantes. (ed.). *Servicios ecosistémicos hídricos: estudios de caso en América Latina y el Caribe*. Red ProAgua CYTED. Valdivia, Chile. Imprenta América. Páginas 160-185.

<sup>20</sup> Delegación Presidencial para los Recursos Hídricos. 2015. Política Nacional para los Recursos Hídricos 2015. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Gobierno de Chile, pág. 101 [http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos\\_hidricos.pdf](http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos_hidricos.pdf) (consultado 25 de agosto de 2015)

<sup>21</sup> González-Hidalgo, Marien, op cit.

<sup>22</sup> Oyarzún, C.E., Peña, L. 1995. Soil erosion and overland flow in forested areas with pine plantations at coastal mountain range, Central Chile. *Hydrological Processes*, 9(1): 111-118.

<sup>23</sup> Fuentes de contaminación difusa y sus impactos en ecosistemas acuáticos. Ministerio del Medioambiente. Gobierno de Chile, [http://www.mma.gob.cl/1304/articles-53802\\_pdf\\_1.pdf](http://www.mma.gob.cl/1304/articles-53802_pdf_1.pdf) (consultado el 25 de agosto de 2015).

que se quema en el país (52.000 hectáreas/año). La región del Biobío, la cual concentra la mayor superficie de plantaciones del país, registra la principal ocurrencia de incendios forestales, los que alcanzan al 37.9% del total de incendios entre 1997-2014 (202.574 incendios).<sup>24</sup>

Los incendios han implicado serias amenazas a la seguridad de las personas y pérdidas de vidas humanas, como también, generado profundos impactos en la pérdida de infraestructura e inversiones en territorios dominados por plantaciones. Esto ha sido especialmente crítico en las áreas de la interface urbano-rural, tal como lo demostraron los incendios de Pichiqueime en 2012 (comuna de Quillón) y de Valparaíso en 2014.

**3) Homogeneización del paisaje y reducción de la biodiversidad.** La homogeneización del paisaje tiene profundos impactos negativos en la composición y estructura de los bosques nativos y en el flujo génico de las especies, poniendo en entredicho hacia el futuro la capacidad de los bosques remanentes de mantener su biodiversidad original y su funcionalidad ecológica. Por otra parte, la fauna que habita en estas plantaciones ocupa en realidad el bosque nativo secundario que rebrota bajo las plantaciones. Cuando las plantaciones son cosechadas, esta renovación de especies nativas es completamente eliminada, por lo cual su valor como hábitat para la fauna es efímero.

**4) Sustitución y fragmentación de bosques nativos de alto valor para la conservación de la biodiversidad.** Las plantaciones forestales de especies exóticas se han establecido principalmente en la Cordillera de la Costa del centro y centro sur de Chile, justamente en las zonas de mayor biodiversidad y endemismos del país, y con la menor representatividad en las áreas silvestres protegidas del Estado. Por ejemplo, en la Cordillera de la Costa de la Región del Maule un estudio<sup>25</sup> determinó que en 25 años (1975-2000) la superficie de bosques disminuyó un 67%, con una tasa anual de 4,5%, una de las mayores del mundo. Otro estudio<sup>26</sup> determinó que en la Cordillera de la Costa de la región de Los Ríos se ha producido un incremento en la superficie de plantaciones de un 168% entre los años 1985 y 2011, principalmente a expensas de los bosques nativos y de los matorrales, además de praderas de uso ganadero. En este periodo se perdieron 54.304 hectáreas de bosques adultos (30% de la superficie total de bosques nativos de esta Cordillera en la región de Los Ríos). Los procesos de sustitución y fragmentación representan una seria amenaza para los bosques templados chilenos. De acuerdo a lo sostenido por académicos de la Universidad Austral, la extensión de incentivos tales como los propuestos en el proyecto de prórroga del DL 701 favorecería estos procesos de cambio del paisaje.

No obstante, posiciones más cercanas al mundo de la ingeniería forestal relativizan el impacto de las plantaciones sobre la diversidad biológica, lo que dependería de acuerdo a ciertos autores en “la situación previa a la plantación, de las especies plantadas, del manejo y de la vegetación vecina, entre otros factores. Si la plantación se establece sustituyendo un bosque o un matorral nativo, sin duda que la diversidad biológica se verá seriamente afectada, tanto en sus especies vegetales como animales. Por el contrario, si las plantaciones se establecen en tierras que fueron degradadas por décadas o siglos de prácticas agrícolas no sustentables, la situación es radicalmente distinta. En este caso, todos los estudios coinciden en que las plantaciones forestales generan un considerable incremento en la diversidad de especies, tanto nativas como exóticas”.<sup>27</sup>

**5) Aumento de invasiones de especies exóticas.** Las especies utilizadas en las plantaciones (pino radiata, eucaliptos, pino contorta, aromos) han demostrado tener una alta

<sup>24</sup> CONAF. 2014. Estadísticas, resumen regional número y superficie afectada por incendios forestales 1977-2013. Disponible en: <http://www.conaf.cl/incendios-forestales/incendios-forestales-en-chile/estadisticas-historicas/> (consultado el 25 de agosto de 2015).

<sup>25</sup> Echeverría, C., Coomes, D., Salas, J., Rey-Benayas, J.M., Lara, A., Newton, A. 2006. Rapid deforestation and fragmentation of Chilean temperate forests. *Biol. Conserv.* 130, 481-494.

<sup>26</sup> Zamorano-Elgueta, C., Rey-Benayas, J. M., Cayuela, L., Armenteras, D., Hantson, S. 2015. Native forest replacement by exotic plantations in southern Chile (1985-2011) and compensation of forest loss by natural regeneration. *Forest Ecology and Management* 345, 10-20.

<sup>27</sup> Prado, *Op. Cit.*, página 61.

capacidad de dispersión e invasión de áreas aledañas. Tales invasiones han afectado en forma creciente a praderas de uso ganadero (ej. Aysén), así como a bosques nativos, algunos de ellos ubicados en áreas protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (ej. Malalcahuello, Reserva Los Ruiles y Áreas Protegidas Privadas).

**6) Pobreza y exclusión social.** Las estadísticas oficiales dan cuenta de impactos socio-económicos adversos que la forestación exótica ha generado. Las regiones con mayor superficie de plantaciones forestales son aquellas que concentran los mayores niveles de pobreza del país según la Encuesta CASEN 2013<sup>28</sup>. De acuerdo a esta encuesta la región de La Araucanía es la región que concentra el mayor porcentaje población en situación de pobreza según ingresos, con un 27,9%. La siguen la región de Los Ríos con un índice de un 23,1%, luego la región del Biobío con un 22,3% y finalmente la región de Los Lagos con un porcentaje de personas en situación de pobreza según ingresos de un 17,6%. Situación similar ocurre con el porcentaje de personas en extrema pobreza, según nivel de ingresos. La región de La Araucanía sigue encabezando los índices a nivel nacional, con un 10,6% población en extrema pobreza. Le siguen las regiones del Biobío y Los Ríos con un 8% cada una, y finalmente las región de Los Lagos con un 5,7%. Todas por sobre el promedio nacional que es de un 4,5%.<sup>29</sup>

Desde un enfoque multidimensional, el que mide carencias en dimensiones como salud, trabajo, seguridad social, educación, vivienda entre otras, los índices de pobreza en estas regiones son aún superiores. Así la región de La Araucanía sigue siendo la región con más índice de población en situación de pobreza, con un porcentaje de 28,5%. Las otras regiones siguen esta tendencia; la región del Biobío con 22,4%; la región de Los Ríos con un 22,9%; y la región de Los Lagos con un 26,1%, todas por sobre el promedio nacional que es de un 20,4%.<sup>30</sup>

En las regiones de la Araucanía y el Biobío, las comunas cuya principal actividad productiva es la forestal tienen un índice de pobreza que alcanza al 26% (162.137 personas), casi el doble del promedio nacional. En las mismas comunas el ingreso monetario per cápita mensual del hogar promedio el 2009 de \$108.739 (RIMISP 2010)<sup>31</sup>. Al 2011 las comunas con mayor tasa de pobreza comunal fueron Ercilla (48,8% de la población), Los Álamos (41,3%), Puerto Saavedra (37,3%), Los Sauces (31,5%), Collipulli (31,5%), Lumaco (31,0%), y Chol Chol (30,3%), las cuales concentran las mayores superficies de plantaciones forestales en la Araucanía<sup>32</sup>.

**7) Otros Efectos.** Cabe señalar que a pesar de los impactos ambientales antes descritos las plantaciones forestales que gozan de los beneficios del DL 701 no son objeto de estudios de impacto ambiental. En efecto, 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. En el caso de las regiones del centro sur del país en que la mayor parte de estas plantaciones están emplazadas, ello implica que estos proyectos deben ser de una superficie superior a las 500 hectáreas. A objeto de evitar que las plantaciones entren en esta categoría, las plantaciones se hacen en espacios de superficie menor<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Ministerio de Desarrollo Social, Resultados Encuesta CASEN 2013, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/resultados-encuesta-casen-2013/>

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Frene, Cristián y Mariela Núñez, "Hacia un nuevo Modelo Forestal en Chile", en *Bosque Nativo* 47: 25 - 35, 2010, disponible en [http://www.bosquenativo.cl/descargas/Revista\\_Bosque\\_Nativo/RBN\\_47\\_art\\_op2web.pdf](http://www.bosquenativo.cl/descargas/Revista_Bosque_Nativo/RBN_47_art_op2web.pdf)

<sup>32</sup> Ministerio de Desarrollo Social, "Incidencia de la Pobreza a nivel Comunal, según Metodología de Estimación para Áreas Pequeñas. Chile 2009 y 2011", 2013, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/pobreza-comunal-2009y2011.pdf>

<sup>33</sup> De acuerdo al artículo 10 de la ley N° 19300 de 1994 modificada el 2010, los proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, "todos de dimensiones industriales susceptibles de causar impacto ambiental", en cualesquiera de sus fases, deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. El artículo 3 letra m del DS 40 Reglamento SEIA de 2013, sin embargo, dispone que para ser sometidos a esta exigencia en el caso de las regiones del centro sur de Chile en que se

También se ha señalado que las plantaciones forestales han tenido efectos sociales adversos en las áreas rurales, tales como el estímulo a la compra de propiedades campesinas, favoreciendo la concentración de la propiedad.<sup>34</sup>

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, un reciente estudio de la Universidad de Chile sobre el aporte económico y social del sector forestal en Chile afirma que “el aporte al desarrollo de un sector [en este caso el forestal] debe evaluarse con criterios objetivos y no basándose únicamente en percepciones y posiciones de los actores involucrados. La cuantificación del aporte de un sector productivo se mide a través de sus impactos económicos, sociales y ambientales, tanto a nivel nacional, como regional y local”.<sup>35</sup> El estudio resalta la medición del aporte económico directo del sector forestal a la economía, en términos de valor agregado y producción, afirmando que “es el segundo sector intensivo en recursos naturales en importancia, luego del cobre, generando en el año 2008 casi el 3% del valor agregado nacional”<sup>36</sup>, el que incluso aumentaría a un 4,5% del valor agregado regional promedio para las cuatro regiones forestales (VII, VIII, IX y X).<sup>37</sup> También destaca su contribución al PIB, especialmente en el Biobío, “donde el sector forestal lidera la contribución al PIB de la región”.<sup>38</sup>

En términos laborales el estudio señala que “el multiplicador del empleo en el sector Forestal, a nivel nacional, lo ubica en una posición intermedia entre todos los considerados y está bajo el promedio del país”, aunque resalta que “por cada empleo generado de manera directa, se genera casi un empleo y medio en forma indirecta”.<sup>39</sup> En términos de ingresos, “el ingreso promedio [del sector], para el año 2011, es mayor que el agrícola pero menor que el pesquero y además presenta una menor brecha en términos de género, ya que el salario masculino es ligeramente superior al femenino, a diferencia de otros sectores”.<sup>40</sup>

El estudio termina afirmando que “en términos sociales este sector ha presentado un alto grado de certificaciones internacionales en términos de responsabilidad social corporativa y ambiental”<sup>41</sup>, sin mencionarlas, como tampoco sin argumentar cuáles habrían sido las contribuciones al medioambiente del sector.

El estudio fue objeto de fuertes cuestionamientos por una serie de organizaciones sociales y ambientales<sup>42</sup>, quienes pusieron en entredicho, entre otras cosas, el análisis efectuado sobre evolución y disminución de la pobreza en las comunas forestales, señalando al respecto que “es de público conocimiento que a nivel nacional la pobreza bajó de 38.6% en 1990 a 14.4% en 2011 (CASEN 1990, 2011). Siguiendo la metodología del estudio, se podría concluir, por ejemplo, que bajó la pobreza en las comunas contaminadas y en las comunas afectadas por los terremotos, reflejando el impacto de la contaminación y terremotos en el desarrollo a nivel local”.<sup>43</sup> La discrepancia de estos antecedentes, y la polémica que se ha generado en torno a los efectos positivos y negativos de la industria, muestran la necesidad de contar con una mayor y más profunda evaluación y fiscalización oficial sobre el sector forestal, mediante estudios económicos, sociales, ambientales y especiales de impacto sobre

---

ubican la gran mayoría de las plantaciones forestales, estos proyectos deben abarcar una superficie única o continua de corta de cosecha final o corta de regeneración por tala rasa de más quinientas hectáreas anuales (500 ha/año), cuestión que nunca ocurre.

<sup>34</sup> Camus, P. 2006. Ambiente, bosques y gestión forestal en Chile: 1541-2005. Lom Ediciones, Santiago, Chile.

<sup>35</sup> Estudio “Aporte Económico y Social del Sector Forestal en Chile y Análisis de Encadenamientos”, realizado por encargo de la Corporación Chilena de la Madera (CORMA) por la UNTEC – Fundación para la Transferencia Tecnológica creada por la Universidad de Chile. Policy Report, noviembre de 2014. Página 1. Disponible en <http://www.corma.cl/file/material/resumen-ejecutivo-evaluacion-del-aporte-economico-y-social-del-sector-forestal-2014.pdf>

<sup>36</sup> *Ibidem*, página 17.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*, página 18.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> “Declaración pública en rechazo a reciente estudio de la CORMA sobre el aporte económico y social del sector forestal”, disponible en <http://www.mapuexpress.org/?p=1111>

<sup>43</sup> *Ibidem*.

los derechos humanos, considerando que el impulso de la industria se ha dado primordialmente a través del subsidio público que representa el DL 701. En este sentido, no parecería correcto desde una óptica de derechos humanos de que el subsidio estuviera beneficiando directa o indirectamente los intereses económicos de las grandes empresas forestales, y que a su turno estuviera generando un balance social y ambiental negativo en las comunidades y en el entorno.

Para finalizar, viene al caso mencionar que el mundo de la ingeniería forestal sustenta asimismo posiciones positivas sobre ciertos efectos deseables de las plantaciones forestales, entre ellos, que constituirían “un aporte fundamental a la producción de madera a nivel mundial. Con sólo un 2% de la superficie total de bosques y con especies de rápido crecimiento, generan casi el 30% de la madera de uso industrial”<sup>44</sup>. Por otro lado, desde un punto de vista ambiental se destaca que las plantaciones resultarían “insustituibles en las tareas de recuperación de suelos degradados, cuyo proceso luego permite el establecimiento de ecosistemas productivos o de protección que generan una serie de beneficios económicos y ambientales, entre ellos el aporte a la mitigación del cambio climático”<sup>45</sup>.

#### **(d) Conflictos sobre territorios indígenas**

Las regiones del Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos corresponden al territorio ancestral del Pueblo Mapuche.<sup>46</sup> Según lo sostiene el Observatorio Ciudadano, ellas “constituyen zonas de importante presencia de bosques nativo y poseen la mayor concentración de plantaciones forestales, con un total de 1.559.185 hectáreas, siendo las zonas de mayor concentración las regiones del Biobío y La Araucanía, con 878.970 y 434.185 hectáreas, respectivamente (INFOR, 2011). La expansión de la industria forestal en este territorio ha puesto en permanente conflicto a las empresas forestales con las comunidades mapuche, generándose la disputa en torno a la propiedad de las tierras, el control sobre los recursos naturales existentes en el territorio y la sustentabilidad del hábitat indígena. Ello resulta evidente, considerando las dimensiones que según lo expresado ha alcanzado la industria forestal en este territorio, la que supera con creces las tierras de propiedad mapuche, tanto las de posesión histórica como las restituidas a partir de la implementación de la Ley Indígena en dichos territorios.”<sup>47</sup>

En contraste con la superficie de plantaciones forestales, las que como se ha señalado en un gran porcentaje son de propiedad de grandes empresas forestales, las tierras reconocidas en propiedad individual o comunitaria a los mapuche en las mismas regiones alcanzan a 863 mil hectáreas<sup>48</sup>. Un estudio encargado por el Estado determina que para tres de las cuatro regiones (regiones del Biobío, Araucanía y Los Ríos) en que habita ancestralmente el pueblo mapuche las demandas basadas en tierras anteriormente reconocidas por el Estado a sus comunidades alcanzan a 165 mil hectáreas.<sup>49</sup> Muchas de estas tierras les fueron reconocidas mediante títulos de merced y durante la reforma agraria, que hoy son de propiedad de empresas forestales. A ello se debe agregar el que las empresas forestales ocupan también tierras de ocupación tradicional que hoy son reivindicadas por sus comunidades, lo que determina una situación de importante conflictividad en estas regiones del país.

---

<sup>44</sup> Prado, *Op. Cit.*, página 163.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> De acuerdo al artículo 14, párrafo 1 del Convenio 169 de la OIT “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”

<sup>47</sup> *Ibíd.* supra 18.

<sup>48</sup> Registro de Tierras de CONADI, 2010, en Gobierno de Chile, Informes periódicos 19°, 20° y 21° de aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Chile Septiembre de 2010.

<sup>49</sup> Universidad de Concepción Centro Eula-Chile, *Proyecto Actualización Catastro Demanda y Oferta de tierras, aguas y Riego para indígenas Etapa I (Resumen Ejecutivo)*. 2010, inédito.

### III. Estándares de Derechos Humanos

#### (i) Empresas y Derechos Humanos

Los Estados son los destinatarios principales de las obligaciones de respeto y satisfacción efectiva de los derechos humanos, de lo que se colige que son éstos, o las personas o grupos actuando en aquiescencia o consentimiento del Estado, los obligados al respeto y garantía de los derechos humanos, y que en el evento de una infracción sea el Estado el responsable internacionalmente. Ello no significa que la acción de particulares o agentes no estatales sean indiferentes al derecho internacional de los derechos humanos: los Estados tienen la obligación “[d]e organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” a los fines de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”<sup>50</sup> Así, se ha asentado en el derecho internacional de los derechos humanos que hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad al Estado cuando este ha omitido o no ha desplegado su conducta con el objeto de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional.<sup>51</sup> Específicamente en relación con la actividad empresarial, existe una vasta jurisprudencia en el sistema interamericano que ha sido ampliada particularmente en atención a los impactos de proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. La Comisión IDH, por ejemplo, ha señalado en ese contexto que “reconoce (...) la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio; pero que al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas (...)”<sup>52</sup> De esta manera, lesiones ocasionadas con motivo de proyectos o planes de desarrollo o inversión que colisionen con derechos garantizados por el derecho internacional entrañan la obligación para el Estado de “(...) suspenderlos, reparar los daños (...), e investigar y sancionar a los culpables (...)”<sup>53</sup> En el ámbito europeo, la Corte de Estrasburgo ha establecido similar marco de tutela de derechos cuando se trata de agentes privados que impactan los derechos consagrados en la Convención Europea. Así por ejemplo, la Corte ha declarado que “[e]n los asuntos medioambientales, se puede exigir la responsabilidad del Estado debido a la ausencia de reglamentación adecuada de la industria privada (...) por tanto, que el agravio (...) debe ser examinado desde la perspectiva de la obligación positiva encargada a los Estados de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos garantizados por [el Convenio Europeo].”<sup>54</sup>

Sistematizando los desarrollos interpretativos y jurisprudenciales del derecho internacional de los derechos humanos, John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, estableció en su informe la obligación del Estado de “ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas,

---

<sup>50</sup> Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia (Fondo) 29 de julio de 1988. Párr. 166. Disponible en la web: [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId\\_Ficha=189&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=189&lang=es) (accedido el 28 de agosto de 2015).

<sup>51</sup> López Hurtado, Carlos. Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. pág. 7-8. En: Empresas y derechos humanos: una relación compleja. Revista de la Fundación para el Debido Proceso. Núm. 15 año 4, septiembre de 2011. Pág.8.

<sup>52</sup> Comisión IDH. Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/v/II.Doc.59/09. 30 de diciembre de 2009. Párr.210.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Derechos Humanos. Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una Guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas

mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.”<sup>55</sup> Ello requiere de “[u]n marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos, ello incluso en relación a las actividades de terceros (sujetos no estatales).”<sup>56</sup> La obligación de proteger, incluye la adopción de medidas adecuadas y pertinentes “[p]ara prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.”<sup>57</sup>

Por su parte, dada la creciente influencia de la actividad empresarial en el disfrute y goce de los derechos humanos, en la comunidad internacional se ha debatido en torno a la fijación de un marco regulatorio para las empresas en consideración a su carácter de instituciones u órganos de la sociedad igualmente vinculados a los deberes de promoción y respeto de los derechos, enunciados desde 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>58</sup> Esto ha derivado en la creación de un corpus no vinculante, de naturaleza voluntaria, programática y no justiciable en el ámbito internacional, asentado en el principio de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y la de sujetar su conducta a la debida diligencia.

De esta manera, se ha avanzado en sostener que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos “[a]barca, 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”.<sup>59</sup> La obligación de respetar entraña, de acuerdo a dicho marco normativo, el deber de abstenerse de afectar los derechos de terceros y el de hacerse responsable de las consecuencias dañosas que la actividad empresarial ocasione en la esfera de su influencia.<sup>60</sup> Por su parte, la responsabilidad empresarial de prevenir los impactos de su actividad o relaciones comerciales sobre los derechos humanos,<sup>61</sup> y de esta manera respetarlos, requiere satisfacer el estándar de la debida diligencia, norma de soft law<sup>62</sup> que se puede conceptualizar como el deber de la organización empresarial de identificar, prevenir y abordar “[l]os impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, resultantes de sus actividades o de aquellos con los que tienen relación”.<sup>63</sup>

El 2005 se creó la figura del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. En 2008 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó el Marco para “proteger, respetar y remediar” que el Representante Especial había elaborado, que sistematizaba los consensos obtenidos en relación con las obligaciones del Estado y las

---

<sup>55</sup> John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31.

<sup>56</sup> *Ibidem*. Principio 9.

<sup>57</sup> *Ibidem*. Principio 1.

<sup>58</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. de 26 de agosto de 2003. Preámbulo.

<sup>59</sup> John Ruggie. *Op. cit* 43. Principio 12.

<sup>60</sup> “La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a estas consecuencias cuando se produzcan; 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” John Ruggie. *Op. cit* 43. Principio 13.

<sup>61</sup> John Ruggie. *Op. cit* 43. Principio 17

<sup>62</sup> Las normas programáticas referidas a empresas y derechos humanos se encuentran desarrolladas en diversos instrumentos, directrices, informes e iniciativas que han logrado el consenso de la comunidad internacional, entre los cuales existen en el marco de la Organización de las Naciones Unidas: 1) La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo/OIT; 2) La iniciativa ‘Pacto Mundial de las Naciones Unidas’; 3) Las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos; 4) El Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras Empresas.

<sup>63</sup> NCh-ISO 26000.n2010.pág. 27

correspondientes al sujeto empresarial. Dicho marco se sustenta sobre la base de tres ejes conceptuales: el primero se refiere a la obligación de protección del Estado respecto a la actividad de agentes no estatales; el segundo alude a los deberes y obligaciones de respetar los derechos humanos de los agentes privados y, por último, se menciona el marco de garantías compartidas de acceso a formas de reparación efectivas tanto judiciales como no judiciales.<sup>64</sup> “Cada uno de estos principios constituye un elemento esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el acceso a vías de reparación porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos”.<sup>65</sup>

Posteriormente, en junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Dicho instrumento fue adoptado por unanimidad, representando las pautas de comportamiento deseables a los fines de implementar los principios elaborados y consensuados. Concluido el mandato del Representante Especial, el Consejo creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, constituido por cinco expertos internacionales.<sup>66</sup> Reiterando que las empresas “tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos”<sup>67</sup>, estableció entre otros objetivos de su mandato el de promover la divulgación efectiva y global de los Principios Rectores, aumentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, y formular recomendaciones al respecto.

## **(ii) Derechos de pueblos indígenas**

### **a. Derechos de propiedad y recursos naturales**

El Convenio 169 de la OIT establece que los estados “[d]eberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios...”. De especial relevancia en este sentido es el artículo 14 del Convenio N° 169, en el que se reconocen los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.<sup>68</sup> La interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han hecho de este artículo ha sido reiterativa en señalar que los derechos de propiedad y posesión de que trata este artículo se extienden a aquellas tierras de carácter ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas. Así la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado al respecto que “[s]i los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido (...) La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos

<sup>64</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/hrc/20/29. 10 de abril de 2012. Párr.8

<sup>65</sup> John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Párr. 6.

<sup>66</sup> Consejo de Derechos Humanos 17° Período de sesiones. A/HRC/17/L.17/Rev.1 15 de junio de 2011. Párr. 6. El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas celebró su primer período de sesiones en el mes de enero de 2012.

<sup>67</sup> Consejo de Derechos Humanos 17° Período de sesiones. A/HRC/17/L.17/Rev.1 15 de junio de 2011.

<sup>68</sup> El artículo 14 del Convenio 169 dispone: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...) 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado”.<sup>69</sup>

Coincidentemente con la interpretación de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas hace un reconocimiento explícito al derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar no solo las tierras, sino también los territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otras formas de ocupación tradicional (art.26.1). Más aún, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído u ocupado les sean restituidas y/o compensados cuando ellas hayan sido confiscadas sin su consentimiento.<sup>70</sup> De ahí que los proyectos de inversión relacionados con los recursos naturales ubicados, o susceptibles de afectar, las tierras y territorios de los pueblos indígenas, deben considerar esta especial relación y los derechos que a los pueblos indígenas les son reconocidos en el concierto del derecho internacional de los derechos humanos. En mérito de estas consideraciones, el ex Relator Rodolfo Stavenhagen ha sostenido que ante el evento de llevar a cabo proyectos de inversión en territorios indígenas incluidos aquellos de carácter tradicional o dominios ancestrales, “[l]os derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”.<sup>71</sup>

En el Sistema Interamericano se ha mantenido la opinión respecto a que las obligaciones de respeto que pesan sobre el Estado comprenden las garantías de protección de los derechos colectivos a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, y que la infracción a dicha obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado.<sup>72</sup> La Comisión IDH señala que el fundamento de este derecho descansa en el uso y posesión tradicional y ancestral de las tierras y territorios y no en el reconocimiento oficial del Estado.<sup>73</sup> Más aun, la Corte IDH ha precisado que aun aquellos pueblos indígenas “[q]ue han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras”.<sup>74</sup> De esta manera se ha asentado que el derecho de propiedad indígena comprende y por lo tanto, alcanza en sus efectos, a las tierras y recursos “[q]ue poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida – v.g. un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales”.<sup>75</sup>

En el caso *Sarayaku Vs. Ecuador* (2012), la Corte IDH dijo que el derecho a usar y gozar del territorio se extiende a la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, lo que implica garantizar a estos pueblos “[l]a seguridad y la permanencia del control y uso de

<sup>69</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009. pág. 742.

<sup>70</sup> “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

<sup>71</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr.75.

<sup>72</sup> Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 65.

<sup>73</sup> Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.68.

<sup>74</sup> Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 128.

<sup>75</sup> Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.78.

los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”.<sup>76</sup> Por lo tanto, se puede sostener que las obligaciones derivadas de la protección al derecho de propiedad indígena sobre sus tierras y territorios, incluye el derecho sobre los recursos naturales presentes en dichas tierras y territorios. El Estado no puede, en virtud de la intrínseca relación entre tierras y recursos naturales, disponer de estos últimos sin considerar la especificidad que el derecho internacional y el desarrollo normativo han reconocido y dispuesto a favor de estos grupos humanos. Esto ha sido especialmente precisado en el sistema interamericano de derechos humanos: “Como sucede con el derecho a la propiedad territorial en general, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales vinculados a su cultura presentes en sus territorios no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades estatales sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado del pueblo, así como los requisitos generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena”.<sup>77</sup>

### **b. Obligación de Consulta Indígena según el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**<sup>78</sup>

El deber de consulta previa se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha dicho el actual Relator de la ONU sobre la materia, James Anaya, “(...) el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.”<sup>79</sup>

El deber de consulta previa encuentra su fuente normativa en el artículo 6° del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo<sup>80</sup>, el que por su naturaleza de tratado internacional de derechos humanos deviene en mandato obligatorio para el Estado parte. Igualmente se encuentra estipulado en otros instrumentos internacionales, que aun cuando no tienen naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un conjunto integrado por la

---

<sup>76</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.146.

<sup>77</sup> Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 39.

<sup>78</sup> Para un completo análisis sobre el deber de consulta previa, ver INDH: “Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas”, 2014, en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/664/Consulta%20ind%C3%ADgena%202014.pdf?sequence=1> (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>79</sup> Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009. Disponible en la web: [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009\\_07\\_anaya\\_inf\\_cdh.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf) (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>80</sup> Artículo 6° del Convenio 169 de la OIT: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>81</sup>, la que ha sido fuente de interpretación y desarrollo jurisprudencial tanto por parte de los órganos de control de tratados, como por la Corte IDH.

Ordenamientos jurídicos comparados han avanzado en reconocer a nivel constitucional o legal el deber de consulta previa, asentado en el principio de autodeterminación indígena en contextos de Estados unitarios.<sup>82</sup> Por otro lado, de acuerdo a los más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, la satisfacción de esta obligación no sólo tiene sus fuentes en el cuerpo de normas convencionales, sino que es igualmente estimado hoy un Principio General del Derecho Internacional.<sup>83</sup>

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ha recordado que este deber se encuentra regulado también por otros instrumentos internacionales de carácter general de los que Chile es parte, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>84</sup> Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño<sup>85</sup>, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>86</sup> y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal<sup>87</sup> han formulado un llamado al Estado a celebrar procesos de participación que consideren la consulta previa a los pueblos indígenas en todas aquellas materias de índole administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente. Recientemente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que el Estado debe establecer un “[m]ecanismo efectivo de consulta y que este 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.”<sup>88</sup> Por su parte, este año el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, volvió a recomendar al Estado de Chile la adopción de aquellas “medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en lo que respecta a la toma de decisiones susceptible de afectar directamente el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>89</sup>

---

<sup>81</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

<sup>82</sup> En Bolivia, la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados “mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan” (art. 30.II.15). La Constitución Política de Colombia establece en el parágrafo del artículo 330 que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

<sup>83</sup> Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.164. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf) (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>84</sup> Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 23.

<sup>85</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62(c).

<sup>86</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18. 13 de agosto de 2009, párr. 16 y 22.

<sup>87</sup> Examen Periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 67.

<sup>88</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 111° período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr. 10 c). [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCHL%2fCO%2f6&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCHL%2fCO%2f6&Lang=en) (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>89</sup> Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las NN.UU. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile respecto del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 34° y

De esta manera, desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, pesa sobre el Estado de Chile la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas *legislativas o administrativas* susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Puesto en clave de *deber* del Estado, el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 hace énfasis en la exigencia estatal como requisito de *validez* para cualquier medida legislativa o administrativa susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho según la jurisprudencia de la OIT, la cual fue expresamente recogida por el actual Relator de la ONU como criterios mínimos y requisitos esenciales para una consulta válida a los pueblos indígenas en relación a un proceso de reforma constitucional chilena en el año 2009<sup>90</sup>, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones:

- i. Previa: La consulta debe disponerse siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena o tribal de que se trata, lo que implica que la consulta debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. Si bien el artículo 6 no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente.<sup>91</sup>
- ii. Procedimientos adecuados. La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.<sup>92</sup> Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente<sup>93</sup>. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren los consultados para poder adoptar una posición, “para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de

---

35° sesiones, 9 y 10 de junio de 2015, párrafo 8 b) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/150/08/PDF/G1515008.pdf?OpenElement> (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>90</sup> Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Centro de políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en la Web: [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator\\_especial\\_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf) (accedido el 27 de agosto de 2015). El Relator resume de la siguiente manera los requisitos que debe tener la consulta para tener validez: 1. La consulta debe realizarse con carácter previo; 2. La consulta no se agota con la mera información; 3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; 4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. La consulta debe ser sistemática y transparente.

<sup>91</sup> Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr. 78[en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>. También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párr. 61 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>. (accedidos el 27 de agosto de 2015).

<sup>92</sup> Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr. 89.

<sup>93</sup> Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia: Impreso por Dumas-Titoule, 2003, pág. 17.

decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales.”<sup>94</sup>

- iii. Instituciones representativas. Ello constituye un componente esencial de la obligación de consulta. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Por ello es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados.
- iv. Buena fe. Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad.<sup>95</sup> Al mismo respecto, e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en “que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado.”<sup>96</sup>
- v. Apropiaada a las circunstancias. El procedimiento a seguir no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas. Por el contrario, se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta.<sup>97</sup>
- vi. Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo

---

<sup>94</sup> Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>, párr. 79 (accedido el 27 de agosto).

<sup>95</sup> Cfr. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación ...*, op. citada supra.

<sup>96</sup> Cfr. Anaya, James, *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta ...*, op. citada supra.

<sup>97</sup> El Informe del Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT recomendó al Gobierno de Colombia modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual debía consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Señaló que “[e]l Comité considera que el decreto núm. 1320 de 1998, cuyo objetivo explícito es de reglamentar “la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio” constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto”. Cfr. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*, párr. 72, op. citada supra. Por su parte la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-737/05, que conoció del mismo caso, señaló que las consultas deben hacerse en un marco fuertemente garantista que implica que los procesos de consulta previa no pueden “responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT (...) los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”, lo que incluso exige definir cómo se efectuará el proceso consultivo adecuado con la participación activa de la comunidad en cuestión. Cfr. Corte Constitucional. *Sentencia T-737/05* Rama Judicial, República de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm> (accedido el 27 de agosto de 2015).

sincero de llegar a un acuerdo común.<sup>98</sup> El Relator Especial ha sostenido que “[e]l principio de que el consentimiento de los pueblos indígenas deberá ser la finalidad de las consultas no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todas las situaciones. En todos los casos, es fundamental que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. Los pueblos indígenas también deben procurar de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos.”<sup>99</sup>

De acuerdo a lo destacado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su Informe Anual 2014, durante el año pasado tanto el Ministerio de Desarrollo Social como el Consejo de la Cultura y las Artes iniciaron por separado dos procesos de consulta previa respecto de los anteproyectos de ley que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo o los Consejos de Pueblos Indígenas. Si bien estos procesos podrían ser perfectibles, lo cierto es que van en la línea de cumplir y no frustrar el objeto mismo del Convenio 169 de la OIT<sup>100</sup>. En el informe, además, el INDH hizo notar que otras iniciativas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas no hayan sido sometidas al proceso de consulta previa en la etapa pre-legislativa, tales como el proyecto de ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas<sup>101</sup>, el que legisla sobre áreas protegidas que en un porcentaje significativo se sobrepone a tierras que, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son de propiedad y posesión indígena en razón de su ocupación tradicional.

---

<sup>98</sup> En relación a la posibilidad de disidencias internas en la consulta efectuada a un pueblo respecto de una decisión legal que les atañe, es interesante conocer la decisión del Comité de Derechos Humanos que rechazó una reclamación de un grupo de indígenas maoríes frente a la promulgación de una ley de pesca que afectaba una actividades tradicional del pueblo en su conjunto. Señaló al respecto: “[e]l Comité observa que el Estado Parte emprendió un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y a la reglamentación de las actividades pesqueras a nivel nacional. Se consultó a las comunidades y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada. La solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución. Para muchos maoríes, la ley era una solución aceptable de sus reivindicaciones. El Comité ha tomado nota de las reclamaciones de los autores en el sentido de que ni ellos ni la mayoría de los miembros de sus tribus estaban de acuerdo con la solución, y de que afirman que no se habían tenido en cuenta sus derechos como miembros de la minoría maorí. En tales circunstancias, cuando el derecho de personas a disfrutar de su propia cultura está en conflicto con el ejercicio de derechos paralelos de otros miembros del grupo de la minoría, o de la minoría en su conjunto, el Comité puede considerar si esa limitación favorece a los intereses de todos los miembros de la minoría y si hay una justificación razonable y objetiva para su aplicación a las personas que se declaran afectadas adversamente”. En su decisión respecto del artículo 27 del tratado señaló que “el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte, al participar en amplias consultas antes de promulgar la nueva legislación y al atender específicamente a la sostenibilidad de las actividades pesqueras maoríes, ha adoptado las medidas necesarias para que la solución sobre las pesquerías y su promulgación como ley, incluido el sistema de gestión de cuotas, sean compatibles con el artículo 27”. Cfr. *Apirana Mahuika, et al v. Nueva Zelanda*. CDCP/C/70/D/547/1993 (2000) [en línea]. Los Pueblos Indígenas y los Organismos de los Tratados de las Naciones Unidas: Recopilación de Jurisprudencia de los Organismos de los Tratados II, septiembre de 2005. Forest Peoples Programme. Disponible en la Web: [http://www.forestpeoples.org/documents/law\\_hr/un\\_jurisprudence\\_comp\\_sept05\\_sp.pdf](http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/un_jurisprudence_comp_sept05_sp.pdf) (accedido el 27 de agosto de 2015).

<sup>99</sup> Anaya, James. Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas. Capítulo principal del Informe A/HRC/12/34, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones de Septiembre 2009. Párr. 66

<sup>100</sup> La OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, ha destacado que el espíritu de la consulta y la participación previa constituyen la piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo. Ver a estos efectos Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat SIK). También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web a través de: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm> (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>101</sup> Boletín N° 9404-12. Proyecto de ley iniciado por Mensaje N° 161- 362, de que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Ingresado al Senado de la República el 18 de junio de 2014.

En torno a la relación que existe entre los derechos a la consulta, la propiedad indígena y la incidencia con el derecho a la identidad cultural, la Corte IDH reflexionó en el caso Sarayaku que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas “[q]ue debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.<sup>102</sup> Los Estados deberán en este marco garantizar la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1 Convenio 169). El Convenio impone salvaguardias especiales en relación a estas materias, en particular: medidas de protección del medio ambiente (artículo 4.1); obligación de Estudios de Impacto Ambiental (artículo 7.3) y preservación del medio ambiente (artículo 7.4).

La Comisión de Expertos de la OIT ha advertido las falencias que la legislación sectorial chilena presenta en esta materia. En una solicitud directa (2011) señaló que “[e]l Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contienen disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión”.<sup>103</sup> La CEACR recordó al Estado la obligación contenida en el artículo 15 del Convenio de “[e]stablecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida”.<sup>104</sup>

En el Caso Saramaka la Corte IDH fijó un triple estándar en relación a los recursos naturales consistente en: 1) consulta y consentimiento previo, libre e informado; 2) estudios de impacto social y ambiental; y 3) participación en los beneficios o utilidades.<sup>105</sup> En relación con la consulta previa en los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas, se ha logrado determinar que ella, siempre que cumpla con los requisitos y principios desarrollados por el derecho internacional, “[p]uede ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.<sup>106</sup>

Por otro lado, la realización de estudios de impacto es normado en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 7.3 que dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. La pertinencia de dichos estudios y su regulación en el Convenio es la expresión normativa del esfuerzo por generar mecanismos efectivos que preserven y protejan la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios y finalmente su subsistencia como pueblos.

Además, por medio de estos instrumentos se trata de garantizar la efectiva capacidad de decisión del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de autorizaciones de proyectos

---

<sup>102</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.217.

<sup>103</sup> Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2334939:YES](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334939:YES)

<sup>104</sup> Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2334939:YES](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334939:YES)

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N°. 185, párr. 38, 129.

<sup>106</sup> Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011

de inversión y desarrollo.<sup>107</sup> Al referirse a los contenidos de estos estudios, la Corte IDH ha especificado que ellos deben ser de carácter social y ambiental, por lo tanto, no limitarse a la protección del patrimonio ambiental, deben considerar una dimensión social y cultural. “La inclusión de estos dos elementos en su caracterización revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte deben ir más allá de los estudios de impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”.<sup>108</sup>

Finalmente, conviene tener presente una de las conclusiones sostenidas por el Relator de la ONU James Anaya sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: “es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.”<sup>109</sup>

### **(iii) Derecho a un Medio Ambiente libre de contaminación y principio precautorio**

Tal como lo señalara el Instituto Nacional de Derechos Humanos en sus Informes Anuales de los años 2011 y 2012, cabe precisar que a nivel internacional el derecho a un medio ambiente libre de contaminación se encuentra resguardado por la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Resolución de Naciones Unidas sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas, el Convenio de Aarhus y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, así como en artículos específicos de tratados internacionales. En particular, una forma de abordar este tema desde el campo de los derechos humanos ha sido a través del análisis del derecho de acceso a información, del derecho a la participación y del derecho de acceso a la justicia, presentes en el Convenio de Aarhus, los que constituyen estándares al momento de tomar decisiones en materias medioambientales.

Estos estándares internacionales se materializan en nuestro país a través de los tratados internacionales ratificados y en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política, entre otros, donde se reconoce el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y se establece el deber del Estado de velar por su protección. Además, se cuenta con un marco legal específico constituido por la Ley 19.300 que establece las Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Del conjunto de los instrumentos internacionales, la relación más estrecha entre los derechos humanos y medio ambiente está en la Declaración de Estocolmo de 1972, que reconoce a las personas el “derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras” (Principio 1). Diez años

<sup>107</sup> 126 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

<sup>108</sup> Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 254.

<sup>109</sup> Anaya, James. *Promoción y protección de todos los derechos humanos,...* op. citada supra, párrafo 43.

después, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Carta Mundial de la Naturaleza, y luego en 1992, en la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de Río) promulgó la Declaración de Principios de Río, cuyo principio 10 sentará las bases para el Convenio de Aarhus: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Por su parte, del conjunto de tratados de derechos humanos que reconocen de alguna manera el derecho a un medio ambiente libre de contaminación destacan los artículos pertinentes del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989); la Convención de los Derechos del Niño de 1989; y el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador).

Resulta por otra parte atinente mencionar que en materia de derecho y política medioambiental se ha desarrollado el *principio preventivo o enfoque de precaución o precautorio*, cuyo objetivo es proporcionar una guía para el desarrollo y aplicación del derecho ambiental en los casos donde existe incertidumbre científica.<sup>110</sup> Este principio tiende a recibir otras denominaciones, como principio preventivo en materia ambiental.

El principio preventivo o precautorio nació en Alemania, para proteger la salud humana del efecto de ciertos productos químicos, donde extendió su aplicación a la protección de los recursos naturales y de los ecosistemas así como a los problemas globales. En la escena internacional, aparece en 1984 en la Primera Conferencia Internacional de Protección del Mar del Norte, para ser rápidamente adoptado en numerosos tratados multilaterales y declaraciones internacionales. Si bien ya en 1991 la OCDE lo integra en la Recomendación C(90)164 de su Consejo sobre prevención y control integrado de la contaminación, su consagración se produce por el principio 15 de la Declaración de Río de 1992, suscrita por Chile en la llamada Cumbre de la Tierra: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

El principio de precaución es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras antes de contar con una prueba científica completa de un riesgo; es decir, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa. Este principio genera, a la vez, acuerdos y desacuerdos sobre su aplicación. Por un lado, hay quienes consideran que proporciona la base para la acción legal temprana encaminada al tratamiento de problemas ambientales que constituyen graves amenazas para el bienestar humano. Opuestamente, sus detractores argumentan que el principio de precaución es potencialmente una causa de sobre-regulación y que limita la actividad humana.

---

<sup>110</sup> Ver a estos efectos Artigas, Carmen. El Principio Precautorio en el derecho y política internacional. CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, 2001. Disponible en la web: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6377/S01050369\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6377/S01050369_es.pdf?sequence=1) (accedido el 27 de agosto de 2015).

Si bien el principio precautorio o preventivo hoy no está consagrado en nuestro derecho interno como un principio general del mismo, sí es recogido importantemente por cierta legislación sectorial.

Una crucial integración de este principio se encuentra en la Ley de Bases del Medio Ambiente, Ley N° 19.300 y sus modificaciones. De acuerdo al Mensaje Presidencial con que se ingresó dicha ley,<sup>111</sup> el primer objetivo explícito de la nueva regulación ambiental “es darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, el proyecto pretende hacerse cargo del deber del Estado de velar para que dicha garantía se cumpla. En virtud de ello, busca dar un marco general en el cual se deba desarrollar el actuar del sector público y el privado. El sector público, tanto como ente fiscalizador y regulador de las actividades productivas; y, en muchas ocasiones como contaminante esto es, en el papel de un particular más. Ello implica que todos los sectores del país deben desarrollar las actividades que les son propias dentro de un esquema de respeto por el medio ambiente, y que la explotación de los recursos naturales debe ser realizada de tal modo que se asegure su sustentabilidad en el futuro”.

A continuación, se señala que para los efectos de concretar los objetivos de la ley, se establecen ciertos principios que permiten darle coherencia, y sin los cuales no se podrá entender plenamente su real alcance y pretensiones. El primero de los mencionados es el principio preventivo, mediante el cual “se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos.”<sup>112</sup> Para ello la ley contempla una serie de instrumentos, tales la educación ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental (declaración de impacto ambiental, respecto de aquellos proyectos cuyo impacto ambiental no es de gran relevancia; y los estudios de impacto ambiental, respecto de los proyectos con impactos ambientales de mayor magnitud); los planes preventivos de contaminación; y las normas sobre responsabilidad. De esta manera, la Ley de Bases del Medio Ambiente construye a través de todo su entramado el deber de prevenir los efectos negativos sobre el medio ambiente que podrían traer una serie de actividades humanas, y el deber de reparación en su caso.

Otra aproximación al principio precautorio o preventivo lo contiene la Ley General de Pesca y Acuicultura. La Ley N° 20.657, que modificó sustancialmente la Ley N° 18892 y sus modificaciones, introdujo un nuevo artículo 1°B de la siguiente manera: “El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque eco sistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos.” Luego, el artículo 1°C mandata la aplicación del principio precautorio en la administración y conservación de los recursos hidrobiológicos y la protección de sus ecosistemas de la siguiente manera: “i) Se deberá ser más cauteloso en la administración y conservación de los recursos cuando la información científica sea incierta, no confiable o incompleta, y ii) No se deberá utilizar la falta de información científica suficiente, no confiable o incompleta, como motivo para posponer o no adoptar medidas de conservación y administración.” Finalmente, en una clara aplicación concreta del enfoque precautorio respecto de la pesca de fondo en áreas donde se podría sospechar la presencia de montes submarinos, la Ley N° 20.657 introdujo la siguiente disposición: “en virtud del principio precautorio, tratándose de montes submarinos, no se permitirá la pesca de fondo, a menos que exista una investigación científica realizada de acuerdo al protocolo y reglamento a que

---

<sup>111</sup> Mensaje N° 387-324 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley. Fecha 14 de septiembre, 1992. Cuenta en Sesión 26, Legislatura 324. Disponible en la web a través de la historia de la ley:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667> (accedido el 27 de agosto).

<sup>112</sup> Ídem supra.

se refiere el artículo 6° B, que demuestre que la actividad de pesca no genera efectos adversos sobre los ecosistemas marinos vulnerables presentes en el área.”<sup>113</sup>

#### **(iv) Derecho al Agua**

El derecho humano al agua se ha desarrollado como parte del derecho internacional desde 1999, cuando Naciones Unidas se pronunció a favor de reconocer que el derecho al agua es una de las bases del derecho al desarrollo. Sin embargo, existen precedentes de la discusión internacional en torno a esta temática que datan de 1972, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo), que propugnó la protección del agua como un recurso natural esencial para el uso sustentable por las generaciones actuales y futuras. Posteriormente se adoptaron otras normas que se ven expresadas en la Convención sobre Cambio Climático y la Convención de Lucha contra la Desertificación y Sequía. Mediante resolución, el 2010 la Asamblea General de la ONU reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.<sup>114</sup>

Existen antecedentes del derecho al agua potable y saneamiento en diversos tratados de derechos humanos.<sup>115</sup> El Comité DESC ha reconocido que el derecho al agua es un derecho que debe ser garantizado al amparo del PIDESC. En 2002 estableció en forma expresa la relación entre derechos humanos y agua al adoptar la Observación General N° 15, que determinó el contenido sustantivo de este derecho y las obligaciones consustanciales de los Estados.

La base del reconocimiento de este derecho es el aseguramiento de un mínimo de vida digna, conforme a la interpretación que se hace del párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, que identifica una serie de derechos que emanan precisamente del derecho a acceder a un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, vestido y vivienda adecuadas, condiciones indispensables para la concreción del derecho a un mínimo de vida digna.<sup>116</sup>

Según la Observación General N°15 del Comité DESC, la definición del derecho humano al agua en general aceptada es “el derecho de todos sin discriminación a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Los indicadores que permiten evaluar la garantía de este derecho son su disponibilidad, calidad, accesibilidad y participación.<sup>117</sup> El Comité ha dicho asimismo que el derecho al agua se relaciona e involucra con el derecho al desarrollo, a la salud, al medio ambiente y a la autodeterminación.

El derecho al agua, igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos de obligaciones a los Estados: respetar, proteger y garantizar. Según la sistematización hecha por el Comité DESC, las obligaciones básicas del Estado son, entre otras: (i) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades; (ii) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados; (iii) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; (iv) Velar porque

<sup>113</sup> Artículo 5° Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.

<sup>114</sup> Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento, aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010

<sup>115</sup> Entre estos, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14); en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14.2); en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 28); y en el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5). En el plano regional se hace referencia a este derecho en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (art. 14) y en el Protocolo relativo a los derechos de la mujer de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15).

<sup>116</sup> El Comité DESC planteó que “[e]l uso de la palabra ‘incluso’ indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

<sup>117</sup> De manera complementaria, la experta independiente de Naciones Unidas, Sra. Catarina de Albuquerque, agregó los criterios de seguridad y asequibilidad, así como los principios de no discriminación, participación, responsabilidad, efectividad y sostenibilidad. Informe de la Experta Independiente, doc. A/HRC/15/31/Add.1., julio de 2010.

no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua; (v) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; (vi) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población, los que deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente, proveyendo métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia, que permitan seguir de cerca los progresos realizados; (vii) Vigilar el grado de realización del derecho al agua; (viii) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados.

Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no puede privarse a un pueblo de sus medios de subsistencia, el Comité señaló que los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas<sup>118</sup>.

El Comité además instó a los Estados a poner especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, incluyendo en ellos a las mujeres, los niños, los grupos minoritarios y los pueblos indígenas<sup>119</sup>. También 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 indispensable<sup>120</sup>.

Finalmente, debe tenerse presente que recientemente, en sus observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile sobre la aplicación del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación respecto del “limitado acceso a servicios de agua potable y saneamiento, en particular en las zonas rurales, así como el uso desproporcionado y no sostenible del agua en la industria de la minería (Art. 11). El Comité recomienda al Estado parte que garantice el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento de los grupos más desfavorecidos y marginados, particularmente en las zonas rurales y tome las medidas necesarias para asegurar el uso moderado del agua en la industria de la minería, que incluyan la adopción de normas para el procesamiento del agua utilizada en la minería.”<sup>121</sup>

#### **IV. Proyecto de ley**

La idea central del proyecto de ley, que consta de tres artículos, es prorrogar los incentivos contemplados en el Decreto Ley N° 701, estableciendo un nuevo plazo de tres años para el otorgamiento de éstos, sin afectar los objetivos ni las regulaciones establecidas en dicho cuerpo legal.

De acuerdo al Mensaje, con este proyecto de ley se espera dar continuidad a una política pública de larga data, disminuir la incertidumbre sectorial y generar las condiciones políticas y comunicacionales favorables para iniciar una discusión sectorial amplia e inclusiva sobre los contenidos que debería tener una nueva ley de fomento forestal que deberá regir al sector forestal durante las próximas décadas.

<sup>118</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 7

<sup>119</sup> Así dispone que: a) “No se excluya a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua”.... b) “No se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares o a causa de la carga que supone la obtención de agua”.... c) “Las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Debe protegerse el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales de toda injerencia ilícita y contaminación”...d) “El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 16.

<sup>120</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 44.

<sup>121</sup> Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, aprobadas en la 50ª sesión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrada el 19 de junio de 2015. E/C.12/CHL/CO/4.

Entre los fundamentos de la idea de legislar se encuentran la activa participación del sector forestal en el proceso de inserción del país en el comercio mundial, cuyas exportaciones durante el año 2014 alcanzaron un récord de 6.094 millones de dólares, destacando el balance forestal positivo de Chile en contraste con la tendencia de deforestación que se evidencia en el planeta. Otro de los beneficios del desarrollo forestal, según lo estima en Mensaje de la Presidencia, es su importancia como factor de mejoramiento de las condiciones ambientales, (asumiendo exclusivamente como balance positivo el cultivo de bosques en suelos de aptitud forestal que estaban sin cubierta vegetal boscosa). Finalmente, se destaca que las tierras susceptibles de verse beneficiadas con los incentivos forestales son principalmente de dominio de pequeños y medianos propietarios.

## **V. Análisis del proyecto de ley**

De acuerdo a los antecedentes expuestos anteriormente, el INDH considera atinente formular un conjunto de observaciones referidas a los efectos que pudieran traer la aprobación del proyecto de ley, prolongando la extensión de las bonificaciones y la política forestal bajo las mismas condiciones actualmente existentes por los siguientes tres años, a partir del 1 de enero de 2016, y con ello, la posible afectación del derecho de consulta previa del pueblo mapuche junto a otros derechos indígenas relacionados, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho humano al agua.

### **(i) Afectación de derechos de pueblos indígenas**

#### **a. Derechos de propiedad y recursos naturales**

La expansión de la industria forestal en el territorio perteneciente a la nación Mapuche ha puesto en permanente conflicto a las empresas forestales con las comunidades, generándose disputas en torno a la propiedad de las tierras, el control sobre los recursos naturales y la sustentabilidad del hábitat indígena.

De acuerdo a los antecedentes expuestos, la propiedad de la tierra en manos de la industria forestal casi duplica a aquellas reconocidas en propiedad individual o comunitaria a los mapuches. A pesar de la política de compra de tierras por el Estado para satisfacer la demanda histórica de restitución de “tierras usurpadas”, persisten reclamaciones basadas en derechos ancestrales de propiedad sobre una proporción considerable de las tierras de la industria. Sin embargo, “la expansión forestal hace inviable la demanda indígena destinada a aumentar la cabida territorial de sus predios, los que tras la radicación por medio de otorgamiento de títulos de merced (1884 – 1929) y posterior división de sus tierras en parcelas individuales (1930 – 1989), constituyen minifundios que ni siquiera permiten el desarrollo de una economía de subsistencia”.<sup>122</sup>

Con ello se plantean dos grandes problemas sobre derechos humanos: el primero y más evidente, es una grave, constante y prolongada vulneración a los derechos de propiedad indígena, derecho que tiene la cualidad intrínseca, según lo han afirmado los organismos del sistema interamericano de derechos humanos y de la OIT, de subsistir y de no extinguirse a pesar de que las tierras se encuentren en posesión de terceros no indígenas. El reconocimiento oficial de títulos de dominio inscritos en favor de terceros no obsta a la validez, legitimidad y subsistencia de la titularidad indígena sobre sus tierras ancestrales.

La exigua cabida de la propiedad indígena frente a la propiedad forestal es problemática desde una perspectiva de derechos humanos, asimismo, ya que no permite la plena realización de los otros derechos individuales y colectivos del pueblo mapuche, entre ellos, el derecho al desarrollo de sus miembros y comunidades y la pérdida del control y la posibilidad de aprovechamiento de los recursos naturales existentes dentro de los territorios, lo que se ve reflejado en las mayores tasas de pobreza que presentan las regiones

---

<sup>122</sup> Aylwin, J., Yáñez, N., Sánchez, R. 2013. Pueblo Mapuche y Recursos Forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica. Observatorio Ciudadano. Santiago – Temuco. Pág. 14.

indígenas en relación al resto del territorio nacional. Además, la pérdida de las tierras supone poner en jaque modos de vida, costumbres y conocimientos ancestrales, dado el especial vínculo espiritual y simbiosis que unen al pueblo mapuche con su tierra.

#### **b. El derecho de consulta previa**

De acuerdo a lo señalado en el Informe<sup>123</sup> de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados, durante la discusión en primer trámite constitucional del proyecto de ley, el Ministerio de Agricultura habría considerado “necesario efectuar esta prórroga, principalmente, por la existencia de un fallo del Tribunal Constitucional que impide que la Corporación Nacional Forestal (CONAF), en cuanto organismo de carácter privado, pueda asumir nuevas funciones públicas. En consecuencia, desde la política de fomento forestal, existe una situación extremadamente compleja respecto a la posibilidad de incorporar otras dimensiones que son absolutamente necesarias en la producción primaria, su procesamiento y el encadenamiento hacia adelante.” Más adelante, se señaló que “esta iniciativa tiene como horizonte 3 años, pues se espera que en ese plazo se apruebe la legislación para implementar el Servicio Nacional Forestal, lo que permitirá un mayor margen para el desarrollo de políticas de fomento que puedan influir en este instrumento u otros”.

En relación a la necesidad o no de conducir un proceso de consulta indígena planteada por diputados de la Comisión, el Ministro de la Cartera habría sostenido que “quien determina si los proyectos de ley son sometidos a algún tipo de consulta, como la estipulada en el Convenio N° 169 de la OIT, es la Secretaría General de la Presidencia, y el hecho de que este proyecto haya sido enviado a la Cámara de Diputados responde la consulta por sí mismo.” Por otro lado, durante la tramitación del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas - proyecto que es concomitante a aquél que crea el Servicio Nacional Forestal y también al presente que se informa – el Ministro habría concluido que “en caso de promoverse una prórroga del decreto ley N° 701... el Ministerio de Agricultura no es de la opinión de someter dicha extensión a un proceso de consulta indígena.”<sup>124</sup>

De la reciente tramitación del proyecto de ley en informe, y otros relacionados, se desprende que no ha existido voluntad política para conducir un proceso de consulta previa sobre un proyecto de ley susceptible de afectar directamente los intereses y derechos del pueblo mapuche sobre sus territorios ancestrales, tanto en cuanto subsisten muchas reclamaciones sobre tierras donde se desarrolla la industria forestal, como por la afectación de una serie de otros derechos indígenas relacionados que se ven o podrían ver amenazados, entre ellos: el derecho indígena a establecer sus prioridades en materia de desarrollo<sup>125</sup>; el derecho a ejercer control sobre sus territorios y los recursos necesarios para asegurar su existencia colectiva, acorde a su propio proyecto civilizatorio<sup>126</sup>; el derecho a mantener su cultura y consecuentemente su sistema de vida y costumbres<sup>127</sup>; el derecho a participar de los beneficios de las explotaciones que se ejecuten en sus territorios ancestrales<sup>128</sup>; el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras<sup>129</sup>; el derecho a la integridad del hábitat que conforma sus territorios.<sup>130</sup>

---

<sup>123</sup> Párrafos extractados del Informe de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que extiende la bonificación establecida en el decreto ley n° 701, de 1974, sobre fomento forestal, cuyo texto fue reemplazado por el artículo primero del decreto ley n° 2.565, de 1979. 14 de julio de 2015. Disponible en la web: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> (accedido el 25 de agosto de 2015).

<sup>124</sup> Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. 23 de diciembre de 2014. Disponible en la Web: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> (accedido el 26 de agosto de 2015).

<sup>125</sup> Artículo 7, Convenio 169 de la OIT.

<sup>126</sup> Artículo 1 inciso 2, PDCP y PDESC.

<sup>127</sup> 43 Artículo 27, PDCP.

<sup>128</sup> Artículo 15, Convenio 169 de la OIT.

Al efecto, cabe recordar que desde la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, así como en virtud del actual desarrollo tanto de los estándares fijados por los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como de los órganos de control de tratados y la jurisprudencia del Corte IDH, pesa sobre el Estado la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Siendo la consulta previa un derecho para los pueblos indígenas, constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluyendo el Congreso Nacional.

Al respecto, con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, formulado por 31 diputados, el Tribunal Constitucional, ejerciendo control de constitucionalidad, se pronunció sobre la naturaleza jurídica del derecho a consulta y sobre sus alcances en la tramitación de proyectos de ley.<sup>131</sup>

En relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el derecho a consulta, el Tribunal Constitucional sostuvo que por su precisión, así como por su mandato perentorio, constituía una norma de aplicación directa o autoejecutable.<sup>132 133</sup> Más aún, el Tribunal razona que dicha norma internacional viene, en lo que respecta a la tramitación de leyes cuyas materias sean susceptibles de afectar a pueblos indígenas, a modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, “(...)ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones puedan o no ejercer, según su leal saber y entender.”<sup>134</sup>

En línea con el razonamiento del Tribunal Constitucional y conforme a los estándares internacionales ya razonados, el INDH considera que se hace imperativo subsanar la ausencia de consulta durante la restante tramitación del proyecto de ley, ya que legisla sobre beneficios a aplicarse a una industria que en un porcentaje significativo se sirve de territorios que, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son de propiedad y posesión indígena en razón de su ocupación tradicional. Lo contrario podría devenir en un vicio de inconstitucionalidad de la ley que se apruebe, y en una afectación de los derechos humanos en cuestión.

## **(ii) Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación**

A pesar de que el Mensaje del proyecto de ley señala expresamente que, dentro de los beneficios del desarrollo forestal, se contabilizaría “su importancia como factor de mejoramiento de las condiciones ambientales”, numerosos son los estudios, opiniones científicas y estadísticas existentes que apuntan en un sentido contrario o que, al menos, tienden a morigerar tan categórica afirmación.

---

<sup>129</sup> Artículo 14, Convenio 169 de la OIT.

<sup>130</sup> Artículos 13 y 4 del Convenio 169 de la OIT.

<sup>131</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. “Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República. Disponible en la web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310> (accedido el 27 de agosto de 2015).

<sup>132</sup> Ídem, considerando 7.

<sup>133</sup> Ídem, considerando 48. El TC recuerda que en los tratados internacionales es posible distinguir, para los efectos de su aplicación en el orden interno entre aquellas cláusulas del instrumento denominadas “self executing”, de las llamadas “non self executing”, siendo las primeras autoejecutables, es decir, aquellas que “(...) tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.”

<sup>134</sup> Ídem, considerando 7.

En efecto, los antecedentes expuestos en este informe – muchos de los cuales fueron allegados a la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Social de la Cámara de Diputados recientemente por la Universidad Austral de Chile, según se señaló – mostrarían que, si bien no se puede desconocer el aporte de las plantaciones exóticas en cuanto a recuperar ciertas áreas erosionadas y sin vegetación, principalmente del centro-sur de Chile, por otro lado han ocasionado paulatinos, indeseados y graves efectos negativos sobre el medio ambiente, particularmente de aquél que rodea las comunidades indígenas.

Refiriéndose en específico a las consecuencias ambientales del DL 701, Aylwin, et al. advierten que “[l]as plantaciones han rodeado las comunidades mapuche, impactando no solo su paisaje, sino también su flora y fauna y la calidad de las tierras, afectando además los cursos del agua, la mayoría de las cuales se han secado. Estas plantaciones han generado además graves impactos económicos y sociales, al dañar las formas de relación con la tierra, propias de la cultura mapuche. Como consecuencia de lo anterior, muchos mapuches han debido dejar sus comunidades para buscar empleo en los centros urbanos (Yáñez, et al., 2008). Si bien son múltiples los impactos ambientales que genera la industria forestal en los territorios indígenas, destacan la contaminación por uso de pesticida, la deforestación como consecuencia de malas prácticas de cosecha, en especial la modalidad de tala rasa y el desecamiento de fuentes de agua como consecuencia directa del impacto generado por el monocultivo de pino radiata y eucalipto, especies que requieren grandes volúmenes de agua para su crecimiento, y dañan los suelos”.<sup>135</sup>

Frente a estos antecedentes – algunos de los cuales presentarían certeza científica, mientras otros a lo menos darían pie para dudas – cabe recordar que pesa sobre los organismos del Estado el deber de cautelar y proteger el medio ambiente en relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El principio preventivo, como principio general informativo en materia ambiental, indica la necesidad de evaluar los riesgos e impactos de actividades humanas sobre el medio ambiente, antes de que los posibles efectos negativos se materialicen.

Así, por ejemplo, en la sentencia de Río Cuervo<sup>136</sup> la Corte Suprema se explaya latamente en la conceptualización del principio preventivo al señalar que éste “a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que estos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren.”<sup>137</sup>

De manera congruente, la Corte Suprema señaló en su fallo del recurso de protección del proyecto de la Termoeléctrica Castilla<sup>138</sup> que “singular importancia cobra uno de los

---

<sup>135</sup> Aylwin, J., Yáñez, N., Sánchez, R. 2013. Pueblo Mapuche y Recursos Forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica. Observatorio Ciudadano. Santiago – Temuco. Pág. 20.

<sup>136</sup> Corte Suprema, Rol 2463-2012, sentencia de fecha 11 de mayo de 2012.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, considerando 6

<sup>138</sup> Corte Suprema, Rol 1960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto de 2012.

principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual ‘se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos’”.

El principio preventivo, si bien circunscrito en la actualidad a la actividad administrativa frente a la autorización de proyectos de explotación de recursos naturales, o proyectos de inversión con efectos sobre el medio ambiente, o en la gestión de los recursos pesqueros, ilustra que en la adopción de decisiones de cualquier otra índole debiera procederse con similares grados de cautela. Por ello, el INDH estima que ante el cúmulo de antecedentes y evidencia científica existente sobre posibles impactos negativos que estaría generando la industria forestal en su conjunto, la premura por legislar ante la existencia de un fallo del Tribunal Constitucional que impide que la CONAF pueda asumir nuevas funciones públicas, junto con el vencimiento de las bonificaciones establecidas por el DL 701, no deben ser justificaciones suficientes para establecer legislación que perpetuaría el actual modelo de explotación forestal, sin la introducción de una serie de otras medidas para cautelar por la reconversión de una industria que sea respetuosa del medio ambiente.

En línea con lo razonado en párrafos anteriores, el INDH considera que una forma o buena práctica de concretar este deber de prevención en materia medioambiental es que la legislación sectorial capaz de generar ciertos efectos indeseados sobre derechos fundamentales, tales como el derecho humano a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, considere en su etapa pre-legislativa estudios especiales que en su diseño y resultados evalúen el impacto de la normativa en cuestión sobre los derechos humanos en jaque, haciéndose eco de las legítimas preocupaciones de las comunidades involucradas e igualmente, haciéndose cargo de manera preventiva y propositiva sobre cuestiones esenciales de buen relacionamiento entre comunidades, su entorno, su hábitat, empresas y el Estado. El INDH considera que esta sugerencia es válida tanto en materia ambiental propiamente tal, como extensiva a toda otra posible afectación de derechos fundamentales (en el caso que ocupa, derecho humano al agua y derechos indígenas, entre otros), considerando el deber general de garantía y prevención que pesa sobre el Estado en materia de derechos humanos.

### **(iii) Derecho humano al agua**

De manera similar y relacionada con el punto anterior, según se consignara en los antecedentes de este informe, preocupa al INDH la posible afectación del derecho humano al agua a raíz de la actividad forestal, tanto en su faz de calidad como de cantidad disponible.

En cuanto a la calidad de este vital recurso, son ilustradoras las palabras consignadas en un informe del Banco Mundial del año 2011: “Sector forestal. Existen numerosos procesos industriales ligados a este sector de la economía que pueden afectar la calidad de las aguas, tales como la pérdida de la capacidad de mejoramiento natural de las aguas, al reemplazar la vegetación nativa por plantaciones exóticas en la ribera de los ríos; drenaje de los suelos para aumentar la cobertura forestal (Ley de fomento No 18.450); aumento del transporte de sedimentos durante la cosecha; acidificación de los suelos con la consecuente liberación de nutrientes y metales; y aplicación de compuestos fitosanitarios y para combatir incendios forestales”.<sup>139</sup>

En cuanto a la cantidad, la reducción del rendimiento hídrico en las cuencas dominadas por plantaciones forestales estaría ocasionando serias dificultades en el abastecimiento de agua

---

<sup>139</sup> CHILE - Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Banco Mundial, Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. 2011. Párrafo 45, pág. 15. Disponible en la web: [http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile\\_Banco%20Mundial.pdf](http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf) (accedido el 27 de agosto de 2015).

potable en las zonas rurales, compeliendo al Estado a establecer un sistema de abastecimiento de agua potable con camiones aljibe en comunas con problemas de provisión de agua.

El INDH considera que, no obstante los esfuerzos del Estado por asegurar el abastecimiento de agua potable a comunidades afectadas por escasez – lo cual aseguraría el acceso al recurso, conforme a estándares internacionales – cabe preguntarse si es razonable un esfuerzo y gasto de la magnitud involucrada cuando, en las regiones afectadas, existe una alta pluviometría en comparación con otras regiones del país, y que razonablemente, de no existir la intervención de la industria forestal, no deberían tener problemas de abastecimiento. Por lo demás, el reparto de agua en camiones aljibe debe mirarse como una medida paliatoria a una situación crítica que, por definición, debiera ser siempre provisoria mientras no se encuentre una solución de fondo. En otras palabras, la legislación y política forestal deben velar en el futuro por garantizar el derecho humano al agua de los habitantes y actividades agrícolas de subsistencia en las áreas de actividad forestal.

Por otro lado, el principio preventivo en materia ambiental indica proceder con cautela y previsión en las políticas públicas frente a la escasez de agua, especialmente dado el contexto del cambio climático y de los periodos de sequía estivales, lo que implica, en opinión del INDH, a no seguir promoviendo con fondos estatales plantaciones que posiblemente agraven la escasez hídrica.

## **VI. Conclusiones**

1. El INDH recuerda a los órganos del Estado, incluyendo el Poder Legislativo, su deber general de garantía y su obligación de ofrecer protección frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas. Ello requiere que se dote al país de un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos. La obligación de proteger incluye la adopción de medidas legislativas adecuadas para prevenir que las empresas incumplan con su deber de respetar los derechos humanos garantizados según estándares internacionales. El INDH, junto con destacar que en materia de Ley de Bases del Medio Ambiente y otros se haya adoptado un enfoque preventivo en materia medioambiental, alienta a que en la línea de los compromisos ambientales asumidos por Chile mediante la Declaración de Río de 1992, otras legislaciones sectoriales como la atinente a la industria forestal sigan la misma orientación.
2. El INDH considera que esta es una valiosa oportunidad para cambiar una cultura de legislar que, en ocasiones, tiende a sobreponer legítimos intereses económicos frente a los legítimos y fundamentales derechos de los pueblos originarios, el medio ambiente y otros derechos humanos, tales como el derecho al agua. En esta línea el INDH hace un llamado a legislar con un sentido y enfoque de prevención en materia de derechos humanos, para lo cual formula una recomendación general a los poderes competentes, incluyendo el Legislativo y Ejecutivo, a que contemplen la realización de estudios especiales de impacto en materia de derechos humanos durante el proceso de diseño de aquella legislación que tenga la capacidad de afectar negativa o regresivamente el reconocimiento o goce de tales derechos. Con ello se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales y garantizar aquellos derechos humanos que puedan verse en jaque. En este sentido, el INDH se permite resaltar nuevamente las palabras contenidas tanto en el Mensaje de la Ley de Bases del Medio Ambiente como en la jurisprudencia de la Corte Suprema: “no es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”.

3. Preocupa al INDH que, frente a una falta de definición política sobre la posible afectación directa a los intereses de los pueblos originarios mediante el presente proyecto de ley, su actual tramitación no considere el derecho de consulta previa que asiste al pueblo mapuche, conforme al Convenio N° 169 de la OIT. Frente a escenarios como el presente el INDH considera oportuno adoptar, a lo menos como una buena práctica, la realización del proceso de consulta en aras a lograr los necesarios consensos que prescribe el derecho internacional de los derechos humanos. De manera más genérica, el INDH estima que en la medida que se generen dudas sobre la procedencia de una consulta sobre un proyecto de ley originado en Mensaje del Ejecutivo, éste debiera acompañarse con un informe de posibles impacto sobre derechos humanos al Congreso Nacional para que éste decida sobre la aplicación de un proceso consultivo.
4. El INDH se permite recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, asiste al Congreso Nacional la obligación de velar por el respeto a la garantía fundamental de consulta previa durante la tramitación de cualquier proyecto que pudiera afectar directamente los intereses de los pueblos originarios, so pena que lo contrario podría devenir en inconstitucionalidad de la ley. Asimismo, dado que se estarían violando normas autoejecutables de un tratado internacional de derechos humanos, suscrito y ratificado por Chile, se generaría responsabilidad internacional para el Estado. Por tales motivos el INDH formula una recomendación al Poder Legislativo a que contemple regular, de manera general y en forma urgente, el mecanismo de consulta para la tramitación de proyectos de ley de la naturaleza antes descrita.
5. Sin perjuicio de reconocer que existen estudios y opiniones fundadas que demostrarían ciertos efectos positivos generados por la industria forestal, el INDH estima que hay un cúmulo de antecedentes congruentes indicativos de que la industria forestal estaría afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de las comunidades aledañas a las plantaciones, además de derechos indígenas conexos al medio ambiente, la propiedad de la tierra indígena, especialmente las reclamaciones sobre tierras ancestrales usurpadas, y el derecho humano al agua de la población que vive en el entorno donde se desarrollan las plantaciones exóticas. Una política forestal moderna requiere de una visión holística frente a estos problemas interrelacionados para el pleno goce y disfrute de todos los derechos humanos afectados. El INDH estima que renovar los beneficios del DL 701 por tres años mediante el presente proyecto de ley, apuntaría en un sentido contrario al deber general de prevención en materia de derechos humanos, y alienta a que la política de incentivo forestal se enmarque y conduzca dentro de la discusión macro sobre la creación de un nuevo Servicio Forestal Nacional y la ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, asuntos que, por cierto, deben someterse al requerimiento de la consulta previa a los pueblos originarios susceptibles de ser afectados.