

# Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: estándares interamericanos y jurisprudencia chilena

## *Indigenous Peoples' Natural Resources and Business: Inter-American Standards and Chilean Case Law*

### **Gonzalo Aguilar Cavallo**

Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Chile

Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca-Campus Santiago.  
gaguilarch@hotmail.com

### **Jennifer Alfaro Montecinos**

Universidad de Chile, Chile

Egresada de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diploma en Estudios de Género por el Centro de Estudios de Género y Cultura de América Latina de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile.  
jennifer.alfaro.m@gmail.com

#### **RESUMEN**

En este breve análisis revisaremos la dificultad que se enfrenta para establecer responsabilidades en materia de derechos humanos a empresas y la jurisprudencia del Sistema Interamericano en la materia. Analizaremos los estándares internacionales establecidos en materia de responsabilidad empresarial. Finalmente, razonaremos si las cortes nacionales chilenas incorporan los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente respecto de terceros involucrados.

**Palabras clave:** Pueblos indígenas – recursos naturales – empresas – sistema interamericano – jurisprudencia chilenas.

#### **ABSTRACT**

In this brief analysis we will review the difficulties faced in establishing responsibility for human rights violation to companies as well as the Inter-American Court of Human Rights' case law in the field. We will analyze the international standards established in corporate responsibility. Finally, we will examine if the Chilean national courts incorporate the standards set by the Inter-American Court of Human Rights, especially concerning private companies.

**Key words:** Indigenous peoples – natural resources – business – Inter-American system – Chilean case law.

#### **Introducción**

En este artículo se examinan las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los estándares interamericanos en relación con los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales y que involucran la actuación de las empresas?; ¿cuáles son las enseñanzas emanadas de la jurisprudencia

interamericana que podría contribuir a efectuar la articulación empresas y derechos humanos de los pueblos indígenas y sus recursos naturales?; ¿la Corte Suprema ha incorporado los estándares establecidos por el sistema interamericano en este ámbito?

El objetivo de este artículo es exponer brevemente algunos estándares internacionales elaborados por la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y sus recursos naturales y la actuación de las empresas, y la recepción –o no– de aquellos estándares por la Corte Suprema chilena<sup>1</sup>.

## 1. La relación entre empresas, pueblos indígenas y derechos humanos

En esta parte analizaremos, primeramente, los estándares desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos referidos a empresas y derechos humanos; luego, los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales y su fundamento positivo; y finalmente, las enseñanzas del sistema interamericano vinculadas a empresas y derechos humanos.

### 1.1 *El derecho internacional y los estándares relacionados con empresas y derechos humanos*

Tradicionalmente se ha entendido que las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos se establecen respecto de los Estados, no de las empresas, así está presente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y en términos específicos, en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT).

Por esta razón, Naciones Unidas ha intentado desarrollar un marco jurídico para las empresas y los derechos humanos. Actualmente esta normativa está compuesta por los Principios Rectores de John Ruggie. Cada uno de los Principios Rectores se desglosa en principios fundacionales y principios operativos. Los principales elementos de los referidos Principios podrían ser resumidos en los siguientes aspectos:

- i) El deber del Estado de proteger: se dispone que los Estados tienen el deber de proteger contra los abusos de derechos humanos cometidos por actores no estatales, en particular, las empresas<sup>2</sup>. Los Estados, por tanto, “deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”<sup>3</sup>.
- ii) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: Este deber “se reconoce en instrumentos de *soft law* (sic), como la Declaración Tripartita de Principios relativa a las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT (sic), y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”, además de las reglas básicas al adherirse al Pacto Global.<sup>4</sup> Ruggie señala que esto “significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de

<sup>1</sup> Este artículo no pretende analizar los desarrollos normativos de las empresas y los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales, ni su debate doctrinal, así como tampoco pretende examinar si es deseable o no hacer responsables directamente a las empresas por violaciones a derechos humanos.

<sup>2</sup> Consejo de Derechos Humanos (CDH). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. 7 de abril de 2008. A/HRC/8/5, párr. 18.

<sup>3</sup> CDH. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar. 21 de marzo de 2011. A/HRC/17/31, Principio 1.

<sup>4</sup> POETH, Silvie. Corporate Social Responsibility, Human Rights and Pharmaceutical Companies. *Eubios Journal of Asian and International Bioethics* 5(17), 2007, pp. 149-155; Consejo de Derechos Humanos. Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. op. cit., párr. 23.

terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.”<sup>5</sup>.

- iii) El acceso a recursos y mecanismos de reparación: “Los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos (...) los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”<sup>6</sup>. Así, Ruggie propone mecanismos judiciales y extra-judiciales estatales.

En suma, el centro del debate actual se ha focalizado más bien en cuáles serían las obligaciones que recaerían sobre las empresas respecto de los derechos humanos<sup>7</sup>. En este sentido, en los comentarios al Principio 11, se señala que “[l]a responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen”.<sup>8</sup> Entre estos derechos se encuentra el derecho colectivo de los pueblos indígenas a gozar de sus recursos naturales.

## 1.2 *Los derechos de los pueblos indígenas en materia de recursos naturales*

En este apartado pretendemos abordar la siguiente cuestión: ¿Cuáles son los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales según los principales tratados pertinentes y otros instrumentos internacionales?

En primer lugar, la CADH. Si bien es cierto que esta Convención no se refiere expresamente a los derechos colectivos indígenas, sí es efectivo que en su artículo 21 relativo al derecho a la propiedad privada ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido de entender protegidas las tierras, territorios y recursos indígenas. La sentencia que abrió el camino a esta interpretación fue aquella recaída en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni del año 2000. Luego continuaron en esta misma línea interpretativa, entre otros, los casos del Pueblo Saramaka de 2007, y el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku de 2012, todos los cuales serán tratados más adelante<sup>9</sup>.

En segundo lugar, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 de la OIT reconoce en su artículo 15 el derecho colectivo de los pueblos indígenas a sus recursos naturales y establece el principio de protección especial de este mismo derecho. Este tratado contiene diversos derechos participatorios, como el derecho a la consulta, el derecho a participar en la utilización y administración de los recursos, en los beneficios y a percibir una indemnización en caso de daño a sus recursos. Además, esta disposición contiene una importante norma medioambiental, reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a participar en la conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

<sup>5</sup> CDH. Principios ..., op. cit., Principio 11.

<sup>6</sup> Ibídem, Principio 25.

<sup>7</sup> BILCHITZ, David. El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos. 7(12), 2010, pp. 209-241.

<sup>8</sup> CDH. Principios..., op. cit., Principio 11 (Comentario).

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 88 y 89; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 148 y 149.

En el contexto del derecho a los recursos naturales, el Comité tripartito de la Organización Internacional del Trabajo consideró, en un caso contra Ecuador, que “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la exploración o explotación de los recursos naturales comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio. Además, el artículo 6 requiere que la consulta sea previa, lo que implica que las comunidades afectadas deben participar lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental”<sup>10</sup>.

Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que si bien no es un tratado internacional, es un instrumento relevante para la determinación e interpretación de los derechos indígenas<sup>11</sup>. Así, las normas de la Declaración establecen un estándar bien claro sobre tierras, territorios y recursos naturales. Según el artículo 8 (2) “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: [...] b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos.” El artículo 25, establece la perspectiva del desarrollo sustentable y el artículo 26 es la pieza clave en la construcción de derechos de los pueblos indígenas ya que establece la conexión entre recursos naturales y propiedad tradicional indígena.

Los artículos 27, 28, 29 y 32 son reglas de oro en relación con la protección de los derechos indígenas vinculados con sus recursos naturales. Particularmente, el artículo 28 (1) consagra el derecho de los pueblos indígenas a la reparación “por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.”

### 1.3 Las enseñanzas del sistema interamericano, las empresas y los derechos humanos

En esta parte se pretende abordar la siguiente interrogante: ¿cuáles son los estándares interamericanos en relación con los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales y que comprenden la actuación de las empresas?

Desde la perspectiva de la CIDH, el caso de las *Comunidades indígenas Maya vs. Belice* de 1998, reconoció que terceros (empresas) sí pueden afectar derechos indígenas, en particular, el derecho de propiedad ancestral sobre sus tierras y recursos naturales.<sup>12</sup> Por su parte, el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* de 2001 –primer caso sobre derechos de los pueblos indígenas ante la Corte IDH– marca un precedente respecto de la responsabilidad internacional del Estado y la violación de derechos humanos por actos de las empresas<sup>13</sup>. Sin embargo, es la *Opinión Consultiva N° 18* de la Corte IDH, de 2003, la que establece que terceros particulares

<sup>10</sup> OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, pp. 110 y 111.

<sup>11</sup> ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295.

<sup>12</sup> CIDH. Informe N° 40/04. Caso 12.053. Fondo. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice 12 de octubre 2004, párrs. 5, 6, 140, 144, 147, 149.

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, op. cit., párrs. 124, 148, 151, 153; BERKES, Fikret and ADHIKARI, Tikaram. Development and conservation: indigenous businesses and the UNDP Equator Initiative. *International Journal Entrepreneurship and Small Business*. 3(6), 2006, pp. 671-690.

pueden ser responsables ante violaciones de derechos humanos, pues los derechos humanos tienen efectos *erga omnes* y en consecuencia todos están obligados a respetar tales derechos<sup>14</sup>.

En el año 2005, la Corte IDH conoció el caso de la “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, relevante para efectos de abusos por terceros de los derechos indígenas. Posteriormente, en 2007, es el caso del *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, con empresas extractivas involucradas<sup>15</sup>. En 2012, en el caso del *Pueblo Sarayaku vs. Ecuador*, el conflicto surge con una empresa petrolera involucrada en abusos de los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales<sup>16</sup>. En 2014, en el caso de los “Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá” también hay empresas involucradas en abusos de los derechos indígenas<sup>17</sup>.

Consecuentemente, en materia de estándares y desde un punto de vista general, la Corte IDH ha sostenido lo siguiente:

- i) “Existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares”<sup>18</sup>;
- ii) “Los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”<sup>19</sup>.

Por otra parte, desde un punto de vista más específicamente indígena, la Corte IDH ha explicitado los siguientes estándares:

- iii) “El artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”<sup>20</sup>;
- iv) “[L]a estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones [...] que debe ser respetado en una sociedad democrática”<sup>21</sup>;
- v) “Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”<sup>22</sup>;
- vi) Los pueblos indígenas tienen derecho a que el Estado se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice la delimitación, demarcación y titulación de sus tierras, “actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”<sup>23</sup>;

<sup>14</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18 de 17 de septiembre de 2003, párr. 140.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, op. cit., párr. 156.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 2.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos...* op. cit, párr. 140.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párr. 140.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 148.

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 159.

<sup>22</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 149.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párr. 153.

- vii) Los pueblos indígenas tienen derecho a que el Estado, mientras no delimite y demarque su propiedad comunal, no otorgue “concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”<sup>24</sup>;
- viii) “El artículo 21 de la Convención Americana protege “los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos”<sup>25</sup>;
- ix) “[E]l derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio”<sup>26</sup>;
- x) “La protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”<sup>27</sup>;
- xi) “La falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales”<sup>28</sup>;
- xii) Las restricciones admisibles a la propiedad comunal indígena deben “ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática sin implicar una denegación de la subsistencia como pueblo. Asimismo, el Tribunal ha precisado que tratándose de recursos naturales que se encuentran en el territorio de una comunidad indígena, además de los criterios mencionados, se exige al Estado que verifique que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena”<sup>29</sup>;
- xiii) Necesidad que el Estado ante la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales considere las siguientes salvaguardias: (a) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; (b) realización de un estudio de impacto ambiental, y c) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva<sup>30</sup>;

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 145; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 148.; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, para. 85.

<sup>26</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 146.

<sup>27</sup> *Ibidem* párrs. 146 y 172.

<sup>28</sup> *Ibidem* párr. 147; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, para. 164.

<sup>29</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 156; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, op. cit., párr. 144; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, op. cit., párr. 128 y 129.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 157; 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 No. 185, párrs. 25 a 27.

- xiv) Una garantía fundamental de su derecho a la propiedad comunal, “es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios”<sup>31</sup>;
- xv) Obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas<sup>32</sup>;
- xvi) El Estado debe llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en cualquier actividad o acuerdos con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público, que afectarían los derechos e intereses de los pueblos indígenas<sup>33</sup>. Debiendo crear, de ser necesario, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes;
- xvii) “[P]ara garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes”<sup>34</sup>,  
y
- xviii) Algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta son: “a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada”<sup>35</sup>.

Como se ha visto, todos estos son estándares reconocidos por el derecho internacional, y desarrollados por la Corte IDH. Como tales, y de acuerdo con los Principios Rectores, son aplicables a las empresas respecto de su “responsabilidad de respetar los derechos humanos”. Si bien en el sistema interamericano no es posible condenar a empresas por violaciones a los derechos humanos, en el orden interno es una historia distinta. En consecuencia, la pregunta que surge en este caso sería ¿los tribunales nacionales chilenos han incorporado los estándares establecidos por el sistema interamericano en esta materia?

## 2. La jurisprudencia chilena: ejemplos en materia de pueblos indígenas y empresas

En esta parte presentaremos dos casos considerados relevantes para analizar la relación entre las empresas y los derechos de los pueblos indígenas, intentando ejemplificar cómo los tribunales nacionales han abordado los conflictos derivados de tal interacción.

Se eligieron dos casos de gran impacto mediático y controversia: Proyecto Minero el Morro y Sondaje de Prospección Paguanta, ambos proyectos han sido debatidos en instancias judiciales y públicas con el fin de reconocer derechos de los pueblos indígenas, específicamente sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Asimismo, han sido utilizados como precedentes para judicializar nuevos casos de similares características, sin embargo, ambos casos, gozan de un sustrato común: la ineficacia –que continúa hasta la actualidad– de una solución efectiva hacia las comunidades que podrían verse afectadas con tales proyectos. En consecuencia, ambos casos

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 160; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, op. cit., párr. 134.

<sup>32</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 165.

<sup>33</sup> *Ibídem*, párr. 167.

<sup>34</sup> *Ibídem*, párr. 177; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, op.cit, párr. 134.

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, op. cit., párr. 178.

resultan idóneos para ilustrar la interacción entre empresas, derechos de los pueblos indígenas y recursos naturales.

## 2.1 Proyecto Minero el Morro

El proyecto minero el Morro es un proyecto de explotación minera perteneciente a la transnacional Gold Corp, y que comprende tres áreas de obras e instalaciones: Mina, obras de infraestructura y planta desalinizadora de agua. El emplazamiento minero utilizará un total de 2.463 hectáreas, afectando distintos territorios desde la montaña hasta el mar y abarcando grandes extensiones de tierras de la Comunidad Agrícola Diaguita de Los Huascoaltinos<sup>36</sup>. El Área Mina-Planta, específicamente, se emplaza en la “Estancia Los Huascoaltinos” interviniendo al menos 1.780 hectáreas de territorio perteneciente a las comunidades indígenas.

Desde el año 2011 este proyecto ha sido judicializado ante los tribunales nacionales chilenos<sup>37</sup>. Mediante recursos de protección, los recurrentes, pertenecientes a la Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos y a otras comunidades indígenas, han debido iniciar procedimientos judiciales con el fin de ser atendidas en sus peticiones, que –entre otros aspectos– solicitaban: (1) el establecimiento de un proceso de consulta indígena previa, libre e informada durante el proceso de estudio de impacto ambiental del proyecto, en concordancia con los estándares internacionales y (2) ser incluidas en el procedimiento de consulta que se llevase a cabo.

Los tribunales chilenos –tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema– no siguieron una línea jurisprudencial clara y más bien fueron construyendo razonamientos en los casos concretos que alegaban los recurrentes. Sin embargo, es posible rescatar lo considerado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, revisando este caso el año 2011, “tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge

<sup>36</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH). Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile. Santiago, INDH, 2013, p. 84.

<sup>37</sup> Cronología: El año 2011 se presentó un recurso de protección, impugnando la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA) que aprobó el proyecto minero. En febrero de 2012 se concede el recurso de protección por la Corte de Apelaciones de Antofagasta (Rol N° 618-2011, 17 de febrero 2012) y es confirmada el 27 de abril de 2012 por la Corte Suprema (Rol N° 2211-2012), ordenándose dejar sin efecto la RCA, mientras no se considerara a la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) además de establecerse el deber de efectuar un proceso de consulta previa de acuerdo a los estándares del Convenio 169 de la OIT. El 07 de agosto de 2012, ante la Corte de Apelaciones de Copiapó (Rol N° 250-2012), se interpone un nuevo recurso de protección, por vulneración de los derechos a la propiedad indígena y a la consulta previa en favor de la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos. El recurso finalmente es rechazado por la Corte de Apelaciones y confirmada por la Corte Suprema.

Con fecha 13 de marzo de 2013, la Comisión de Evaluación Ambiental (CEA) emite una resolución que declara la futura realización de un proceso de consulta previa, estando pendientes los informes y estudios que debía realizar la empresa. En ese contexto, es interpuesto un recurso de protección en contra de aquella resolución. Este último recurso fue rechazado por la Corte de Apelaciones, aclarando que el CEA solo está llamando a consensuar un procedimiento para posteriormente proceder a la consulta previa (Véase considerando 6°). Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 27 de junio de 2013 (Rol N° 413-2013).

Pese a lo anterior, se establece la realización de un proceso de consulta, presentando las comunidades indígenas diaguitas un nuevo recurso de protección (Corte de Apelaciones de Copiapó Rol N° 436-2013), la cual resuelve que se daba por cumplido el deber de consulta por parte de la autoridad ambiental, no obstante la negativa a participar de la comunidad indígena. Conociendo de la apelación, la Corte Suprema (Rol N° 11.299-2014.) revocó la sentencia indicando que la información sobre el proyecto que las comunidades indígenas poseían emanaban de informes efectuados por la CONADI en el EIA, los cuales, al entendimiento de la Corte Suprema, no estaban suficientemente fundamentados, vulnerando la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Actualmente, el proyecto se encuentra retirado del sistema de impacto ambiental, con el objeto de ser reformulado y adecuado a la normativa.

indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un vasto terreno (...)”<sup>38</sup>.

Si bien no hace uso de los estándares internacionales (que a la fecha ya estaban siendo desarrollados por la Corte IDH), se observa una intencionalidad de considerar la intervención de las comunidades indígenas no solo en el proceso de consulta, sino que en toda la discusión sobre lo apropiado de establecer un proyecto de tal envergadura en el territorio que es de su propiedad. Actualmente, el proyecto se encuentra retirado del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, aun así, persiste la preocupación que la aprobación del Proyecto El Morro podría ocasionar una serie de impactos al territorio, tierra y recursos de las comunidades, sin estar jurídicamente obligadas a soportarlos, menos si no han consentido ni manifestado su opinión y voluntad por medio de una consulta indígena acorde a los estándares internacionales, ni han sido debidamente establecidas las medidas de mitigación y resarcimiento para ellas, como indican los estándares reconocidos por el sistema interamericano.

## 2.2 Proyecto Sondaje de Prospección Paguanta

El proyecto minero “Sondaje de Prospección Paguanta” busca ejecutar un programa de prospección geológica consistente en la realización de un total de 63 sondajes, los que contemplan 14.000 metros de perforación. En forma complementaria, se construirían 53 piscinas impermeabilizadas de decantación de lodos de perforación. Este proyecto afecta directamente a la comunidad aymara de Cultane, y al Área de Desarrollo Indígena “Jiwsa Orage”. La afectación está dada porque (a) el proyecto se emplaza en tierras cuyo territorio ha sido reivindicado y reconocido por el Estado chileno; (b) existe la posibilidad cierta de dañar el acuífero y contaminar las aguas ancestrales de las comunidades durante el procedimiento de sondaje, y (c) Paguanta ha sido un lugar ancestral de pastoreo. Por ello, las comunidades indígenas agrupadas decidieron interponer recursos ante los tribunales chilenos, con el objeto de ser partícipes en el proceso de estudio y análisis de este proyecto<sup>39</sup>. Interesante en este caso, resulta lo decidido por la Corte Suprema el año 2011: “Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece

<sup>38</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 17 de febrero de 2012 Rol N° 618-2011, considerando 11.

<sup>39</sup> Cronología: Este proyecto fue presentado inicialmente al SEA mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), lo que impedía la participación de las comunidades afectadas durante el proceso ante el SEA. En virtud de lo anterior, las comunidades agrupadas en la organización “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá” deciden interponer un recurso de protección ante la C.A. de Iquique el 11.11.2011 (Rol N° 472-2011). Este recurso es rechazado argumentando que el proyecto no afectaba directamente a las comunidades, pues el asentamiento humano se encontraba alejado del proyecto de prospección, resultando innecesario un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) (Véase considerando 13°). Dicha sentencia es apelada ante la Corte Suprema (Rol N° 11040-2011), la cual decide revocar la sentencia, dictaminando que el proyecto debía ser sometido al SEA mediante un Estudio de Impacto Ambiental, en el que se incluyera un procedimiento de participación ciudadana que se ajustara a los términos que el Convenio N° 169 de la OIT contempla. El proyecto fue ingresado nuevamente a evaluación ambiental, mediante EIA, el 11 de enero de 2013, el 20 de diciembre de 2013 se publicó la convocatoria al proceso de consulta indígena establecido en Resolución del SEA, sin embargo, tal organismo definió unilateralmente qué comunidad se encontraba afectada, desconociendo las reclamaciones que las diversas comunidades pertenecientes a la organización de “Pueblos Unidos de la Cuenca de Tarapacá” habían realizado, y lo expresado por la Corte Suprema.

Teniendo aquellos antecedentes, el 27 de marzo de 2014 la Comisión de Evaluación Ambiental de Tarapacá califica desfavorablemente el proyecto, estimando que la consulta indígena fue parcial e insuficiente. La Compañía Minera Paguanta interpone un recurso de reclamación para ser resuelto por el Comité de Ministros para la Sustentabilidad. Este Comité, el 6 de octubre de 2014, acoge la reclamación y califica favorablemente el proyecto. La organización de “Los pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá” deciden presentar un recurso de reclamación por esta decisión ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago el 25 de noviembre de 2014 (R-54-2014). El objeto de litigio es la falta de fundamentación y consideración en la Resolución emanada por el Comité de Ministros, quienes no atendieron a la afectación de tierra, territorio y recursos naturales de todas las comunidades que pueden verse afectadas por el proyecto.

para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegure el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional (...)

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medioambiente de los pueblos interesados<sup>40</sup>.

El máximo tribunal, pese a no incorporar otros estándares o jurisprudencia de la Corte IDH, expresa la obligatoriedad de la participación de los pueblos indígenas en las medidas que puedan afectar sus tierras, territorios, recursos naturales y formas de vida. Considerando que actualmente la discusión sobre este proyecto se está dando en el Segundo Tribunal Ambiental<sup>41</sup>, resulta esperable que, a partir de la especificidad técnica que gozan tales tribunales, se logre obtener una mayor argumentación jurídica sobre la responsabilidad de las empresas en cuanto a los procesos de participación de las comunidades, los tipos de informes que deben realizar y la real supervisión del Estado para que la debida diligencia y buena fe sean los principios a regir durante todo el proceso de un proyecto, incluido –por cierto– la etapa posterior de repartición de beneficios y planes de mitigación.

## Conclusiones

En gran parte de los casos que han sido planteados ante la Corte IDH por violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, existen actores no estatales involucrados y, particularmente, empresas extractivas. En el evento de acoger un caso, la Corte IDH no puede sino condenar al Estado, sin pronunciarse sobre las empresas.

Los mecanismos internacionales de acceso a la justicia que establezcan la responsabilidad de las empresas, exige un importante desarrollo futuro. En cambio, los órdenes estatales se encuentran más evolucionados y mejor estructurados que el orden internacional para sancionar la responsabilidad de las empresas por abusos de derechos humanos de los pueblos indígenas. En esta coyuntura, los tribunales nacionales disponen de los estándares internacionales para exigir a las empresas, determinar su responsabilidad y fijar las reparaciones respectivas. Así, un juez nacional dispone de las normas y jurisprudencia internacionales, y, además, de las normas de *soft law* (principios y directrices), entre otras, aquellas relativas a las empresas, para la protección integral de los derechos humanos.

Sin embargo, en la jurisprudencia nacional revisada se observa que, en la planificación de los proyectos de inversión, cuando afectan comunidades indígenas, la evaluación de impacto social, en derechos humanos, y medioambiental es inadecuada y no sirve para apreciar las consecuencias más amplias de los proyectos. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no es reconocido y tampoco hay una real negociación previa, libre e informada con las comunidades

---

Asimismo, alegaron la ausencia de consulta previa indígena a dichas comunidades. El recurso aún se encuentra siendo tramitado ante el Segundo Tribunal Ambiental.

<sup>40</sup> Corte Suprema. Sentencia de 30 de marzo de 2012. Rol N° 11040-2011. Considerando 5°.

<sup>41</sup> Véase nota supra 39, "Cronología".

afectadas<sup>42</sup>. Asimismo, no se observa ningún criterio extraído del sistema interamericano, o alguna referencia a estándares internacionales que no sean el Convenio N° 169 de la OIT.

En este contexto, una manera de abordar este aspecto por los jueces nacionales sería entender que los estándares de derechos humanos no son antagonistas de la normativa nacional, sino que auxilian, completan y complementan la correcta apreciación del caso y asignan las responsabilidades ante la vulneración de los derechos humanos.

---

<sup>42</sup> CARIÑO, Joji. Indigenous Peoples Rights to Free, Prior, Informed Consent: Reflections on Concepts and Practice. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. 1(22), 2005, pp. 19-39, especialmente, p. 21.