

ALCANCE DE LA CONSULTA PREVIA DEL CONVENIO N°169 DE LA OIT Y SU INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA EN CHILE: UN RIESGO LATENTE PARA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

PAOLA GONZÁLEZ Y LORETO QUIROZ*

INTRODUCCIÓN:

En el presente artículo nos proponemos profundizar en el alcance que posee la consulta según la concibe el Convenio N°169 de la OIT, y la discordancia con las interpretaciones que de ella se ha realizado en nuestro derecho interno, así como su eventual vinculación con nuestro sistema de evaluación ambiental. De particular interés resulta la afectación del territorio indígena por parte de proyectos de inversión.

Con el objeto de aclarar el real alcance de la consulta previa contemplada en el Convenio N°169, examinaremos sus características, las interpretaciones aportadas por la OIT, su aplicación en el contexto del sistema internacional de derechos humanos y también la aplicación de mecanismos de participación semejantes concebidos en el ámbito privado, como requisito para el financiamiento de proyectos de inversión (normas IFC). Por otra parte, a nivel nacional el presente trabajo examina diversos fallos en que se ha abordado el mecanismo de consulta contemplado en el Convenio N° 169 en nuestro país (Tribunal Constitucional, Corte Suprema), así como instrumentos legales.

* Paola González (Abogada y Arqueóloga, U.Chile) y Loreto Quiroz (Abogada, U.Chile)

En el contexto nacional, se observa una tendencia a asimilar la consulta previa del Convenio N° 169 con la participación ciudadana de la Ley N° 19.300. Demostraremos que se trata de un esfuerzo errado, dado que ambos instrumentos de participación se conciben para objetos completamente diferentes. Además, el SEIA es inadecuado para estos efectos también por la celeridad con que se desarrolla el proceso de evaluación de proyectos de inversión que lo hacen incompatible con los caracteres y requisitos que posee la Consulta a las comunidades indígenas del Convenio N° 169. Esta mezquina interpretación nacional del alcance y profundidad de la consulta previa expone al país a sanciones internacionales y constituye un peligro para la debida protección de los pueblos indígenas.

ANTECEDENTES GENERALES

Los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169, constituyen el marco jurídico general en lo que se refiere a la consulta y la participación de los pueblos indígenas. El artículo 6 exige que se consulte de buena fe a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas con la „finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento“ para las medidas propuestas.

La obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas adquiere especial relevancia en los siguientes casos¹: al prever medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente (Artículo 6, N°1, letra a); antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (Artículo 15 N°2); al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (Artículo 17); con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (Artículo 16); en la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22); en las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (Artículo 28).

La consulta previa a pueblos indígenas y tribales se ha convertido, en función de sus objetivos, en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En efecto, de acuerdo a Amado Rivadeneyra (2010) “en apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 en 1989, pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y tribales alrededor del mundo”².

A pesar de la importancia económica, política y social de la consulta previa, los ordenamientos jurídicos internacionales, como también nuestro ordenamiento jurídico, se caracterizan por una notable dispersión y una profunda incertidumbre. Meghan Morris et al. (2009)

1 OIT. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo [pdf], Ginebra, 2009, p.p.60. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm>. p.61 [Consulta: 20 de julio de 2010].

2 Amado Rivadeneyra, Alex. El derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas: Apuntes sobre su tratamiento en el derecho comparado y nacional. Universidad de San Martín de Porres. Perú. 2010. pp. 1.

señalan que parte de la inconsistencia entre la relevancia de la consulta y los magros avances en su correcta implementación se debe a la proliferación de normas de todo tipo que regulan el tema, las cuales van desde reglas de “derecho duro” (por ejemplo leyes nacionales y tratados internacionales), vinculantes para los Estados, hasta normas de “derecho blando” (p.ej., reglas operativas de organismos financieros multilaterales y códigos de responsabilidad empresarial de firmas multinacionales), que operan más bien como guías de conducta que como estándares jurídicos propiamente tales³, pero no por ello menos relevantes. La consulta tal como esta planteada en el Convenio N° 169 hace referencia a todas las aristas que posibiliten a los pueblos indígenas controlar sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones en el marco del Estado en el que viven implicando con ello que este instrumento tenga aplicación en una amplia esfera de asuntos.

En función de la complejidad de sus objetivos en el marco de los Estados Nacionales y de su relevancia en los ámbitos económicos, políticos y sociales y con el objeto de esclarecer escenarios previsibles para el caso chileno, se debe intentar una conceptualización del derecho de consulta desde las perspectivas de los distintos actores en el ámbito internacional que intervienen, ya sea en la interpretación de las normas del Convenio 169 o en las decisiones relativas a asuntos relacionados con los contenidos de dicho tratado, así por ejemplo es relevante considerar lo señalado por la O.I.T órgano creador del Convenio 169, tomar nota de las normas de financiamiento del Banco Mundial y de las interpretaciones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo anterior nos permite un examen crítico a lo realizado por el Estado Chileno hasta el momento, por cuanto como bien se explicará, la discusión ha estado centrada en la procedencia y forma del derecho de consulta, sin abordar sus alcances y efectos, transformándose dicha discusión en una justificación a la falta de implementación del instrumento.

I. REVISION DEL DERECHO DE CONSULTA POR LOS DISTINTOS ACTORES DEL CONCIERTO INTERNACIONAL

I.A. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA CONSULTA A TRAVÉS DE LA REVISIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.

Como punto de partida cabe consignar que no existe un procedimiento específico y detallado para la realización de la consulta. Al respecto es pertinente tener en consideración la diversidad de las formas organizativas, sociales y culturales de los pueblos indígenas. En atención a la protección de esa diversidad, noción presente en el espíritu del Convenio 169, es que no se puede pretender igualar el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo la Consulta consagrada en el Convenio 169 del la O.I.T.

Sin embargo, de la simple lectura del artículo 6 del Convenio 169 se reconoce la intención de este cuerpo normativo de fijar a través de la definición del instrumento los parámetros o estándares que debe cumplir una consulta para ser considerada como tal. A continuación desarrollaremos cada uno de esos criterios.

3 Rodríguez Garavito César. Morris, Meghan. Orduz Salinas, Natalia. Buritica, Paul. La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Colombia. pp. 11-12.

A.- CARÁCTER PREVIO.

La consulta debe realizarse de manera previa a la adopción de la medida a ser consultada. En el este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴, la OIT⁵ y el Relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas⁶. Sólo con el carácter previo de la consulta se garantiza una posibilidad de incidencia real en la decisión que se adopte.

B.- INFORMADA

El objeto de la consulta es generar un diálogo entre las partes, lo que significa que el proceso se debiera caracterizar por cierta bilateralidad, sistematicidad y continuidad, características que lo diferenciarían de cualquier acto de información realizado por la autoridad pública.

Con el objeto de lograr que el proceso se desarrolle en conformidad a lo señalado se debe suministrar, al menos, información sobre la naturaleza, objeto, duración, ubicación e impactos económico, sociales, culturales y ambientales, el personal que inter venga y los procedimientos que pueda implicar el proyecto o actividad propuesta⁷

C.- DEBE REALIZARSE DE BUENA FE

En este sentido se señala que la consulta es un procedimiento de carácter sustantivo por lo que no debe consistir en un simple trámite formal⁸ por el contrario este mecanismo debe propender a una participación real de los pueblos indígenas inserta en un genuino proceso de diálogo de modo tal que se generen las confianzas recíprocas que permitan acercar posiciones y permitan desarrollar procesos fructíferos.

D.- DEBE SER ADECUADA

Para ponderar esta característica debe mirarse al contexto en el que se desarrolla la consulta⁹, esto es, cuáles son las características del pueblo indígena y la medida a ser consultada.

Debe respetarse la representatividad e institucionalidad indígenas que sea producto de sus procesos internos. Respecto a esto último destacamos que, en atención a la diver-

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), San José, 2007, p.p. 42.

5 OIT. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo [pdf], Ginebra, 2009, p.p.66. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm>. [Consulta: 3 de septiembre de 2010].

6 Anaya, J, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco La Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá), 2009a, p.p. 6.

7 OIT. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo [pdf], Ginebra, 2009, p.p.64. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm> [Consulta: 3 de septiembre de 2010].

8 Anaya, James. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, 2009b, p.p.6.

9 O.I.T. Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual. Ginebra, 2003, p.p.23.

sidad de los pueblos indígenas y tribales, el Convenio no estableció modelos de instituciones representativas para el mundo indígena.

Además los pueblos indígenas deben tener posibilidades reales de acceder a participar en dicho proceso, por lo que la consulta debe realizarse en el idioma de los miembros del pueblo, en un lugar que les resulte accesible y deben respetarse los tiempos que les permitan desarrollar sus procesos internos de toma de decisiones.

E.- DEBE REALIZARSE CON MIRAS A LOGRAR UN ACUERDO O CONSENTIMIENTO

De acuerdo con el Artículo 6 del Convenio núm. 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que sea esta la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos en ese orden¹⁰

I.B. INTERPRETACIÓN DE LA O.I.T. RESPECTO AL GRADO DE OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA.

En cuanto al efecto que tendría una oposición de la comunidad consultada sobre un proyecto o actividad a realizarse en sus territorios es necesario distinguir varias situaciones. Por una parte, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio N°169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar por las partes. Sin embargo, el Comité Tripartito de la OIT ha relativizado el grado de obligatoriedad o poder vinculante de la consulta a los pueblos indígenas. Es decir, se acepta la posibilidad que una vez concluido el proceso de consulta la comunidad indígena no alcance una total conformidad respecto a sus expectativas originales.

Específicamente, nos referimos al dictamen del Comité Tripartito efectuado en el contexto de un reclamo recibido por la OIT en el año 2001, en que se acusaba a México de violar el artículo 6 del Convenio en el procedimiento legislativo destinado a la aprobación del Decreto de Reformas Constitucionales en materias de Derechos y Cultura Indígenas. En efecto, el Comité estableció al respecto lo siguiente: *“Como quedó claramente establecido durante el proceso de adopción del Convenio, y fue reafirmado por los órganos del sistema de control de este convenio, la consulta no implica necesariamente que se llegue a un acuerdo en los términos en que los pueblos indígenas lo prefieran”*.¹¹

No obstante, es importante tener presente también otras normas relativas al proceso de consulta, presentes en el Convenio. Por ejemplo, el artículo 4 señala como obligación de los Estados firmantes el no tomar medidas “contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas”. El grado de obligatoriedad de esta disposición es algo que debe discutirse, frente al tenor de lo expresado por el Comité Tripartito.

10 OIT. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo [pdf], Ginebra, 2009, p.p.63. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm> [Consulta: 3 de septiembre de 2010].

11 OIT. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la práctica. Guía Práctica de Derechos Indígenas. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo [pdf], Ginebra, 2009, p.p.60. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/lang-es/index.htm>. p.65 [Consulta: 20 de julio de 2010].

El texto del Convenio también presenta algunas ambigüedades relativas al grado de vinculación de la consulta. Por ejemplo, señala materias en que aparentemente se requiere necesariamente del consentimiento de la comunidad, como es el caso de la reubicación o relocalización de un pueblo indígena (artículo 16 N°2 del Convenio), donde se señala que será necesario contar con *“el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa”*.¹² Pero a continuación se abre la posibilidad de relocalización sin consentimiento bajo determinados requisitos.

I.C. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA CONSULTA EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas encuentra fundamento en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, distintos del Convenio 169¹³, de los cuales Chile es parte, tratados tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Cabe consignar además que el año 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración de Los Pueblos Indígenas, cuyo texto se refiere en diversas ocasiones a la consulta. Si bien es cierto este instrumento no tiene el rango de un tratado internacional, no es posible desconocer que su texto informa las reflexiones sobre los conceptos a los que se refiere el Convenio 169 y los pronunciamientos del Sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. Además debe tenerse presente que Chile votó a favor de su adopción por lo que desconocer su contenido no sería coherente.

La relación entre los instrumentos internacionales referidos y el deber de consulta de los Estados parte de dichos tratados se ha reflejado en los pronunciamientos de los distintos órganos encargados de tutelar el cumplimiento de los derechos consagrados en estos instrumentos. Es así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, han desarrollado el derecho a la consulta en distintos documentos tales como informes, observaciones y fallos.

De acuerdo a lo anterior para lograr una caracterización más acabada del derecho a la Consulta es necesario remitirse a los pronunciamientos más relevantes de estos órganos en la materia.

12 El artículo 16 N°2 del Convenio 169 de la OIT agrega que *“cuando no pueda obtener su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”*

13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en diversos fallos al Convenio 169 de la O.I.T. como un tratado de derechos humanos, al respecto podemos citar los fallos en los casos de Sawhoyamaya vs. Paraguay, Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua y Saramaka vs. Surinam, entre otros. En la página web de la Corte www.corteidh.or.cr, el Convenio 169 de la O.I.T. aparece en el listado de instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos. En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial de la ONU para asuntos indígenas, James Anaya y en general todas las instituciones del sistema de protección de Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTEIDH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal internacional y corresponde a uno de los dos órganos del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos en las Américas¹⁴. Este tribunal tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos.

La Corte ha utilizado el Convenio 169 de la O.I.T. como instrumento interpretativo que sirve a efectos de especificar las obligaciones de los Estados establecidas por otras normas internacionales¹⁵, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto la Corte ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos¹⁶.

Esta institución ha señalado, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos 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 comunal¹⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado en los fallos de los casos de *Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Saramaka vs. Surinam*. Por esta vía la Corte protege la relación que tienen los pueblos indígenas y tribales con su territorio. En cuanto a la entidad de este derecho de propiedad la Corte señala que este comprende el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros de estos pueblos poseen tradicionalmente, lo que implica gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia, esto incluye aquellos recursos que, aún cuando no han sido utilizados tradicionalmente, su extracción afectaría otros recursos que son vitales para su modo de vida¹⁸.

En el fallo del caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, el tribunal ha estimado que si el Estado quisiera restringir los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo, debe consultar con las comunidades afectadas. Esta sentencia señala, en el párrafo 158 del documento referido a Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente que sean necesarios para su supervivencia y que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y meca-

14 El otro órgano es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

15 Courtis, Christian. "Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los tribunales de America Latina"[en línea]. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año 6, N° 10 2009, <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452009000100004&script=sci_arttext&tlng=es> [Consulta 10 de enero de 2011].

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas TingniVs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), San José, 2001, p. 79.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas TingniVs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), San José, 2001, pp.79.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), San José, 2007, pp. 39

nismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales.

En el mismo texto el organismo ha hecho presente que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un impacto significativo dentro del territorio indígena, el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos pueblos, según sus costumbres y tradiciones, lo anterior a modo de garantía de la efectiva participación de estos pueblos.

COMITÉ DE NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD)

El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial es un organismo de expertos independientes que vigila la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por los Estados Partes.

Los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones, además publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, en forma de recomendaciones u observaciones generales. Al respecto es pertinente destacar lo dispuesto por este organismo ya en 1997 en su Recomendación General N° XXIII, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. En dicho documento el Comité insta a los Estados partes a que garanticen a los miembros de las poblaciones indígenas el goce de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado.

Con posterioridad el Comité ha seguido desarrollando este criterio en diversos documentos en los que se refiere a los informes periódicos presentados por los Estados parte. Así por ejemplo al pronunciarse sobre el caso de la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas residentes en Ecuador, el Comité ha indicado que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII. Con el objeto de cumplir dichas condiciones. El Comité recomienda que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación¹⁹.

Al referirse al caso peruano el organismo ha expresado que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados y dar su consentimiento informado antes de que se proceda a la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales en sus territorios. El Comité exhorta al Estado peruano a que apruebe la Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas en Materia Ambiental tomando en cuenta su Recomendación general N.º XXIII²⁰.

19 Comité para la Eliminación de la discriminación Racial. CERD. Examen de los Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Ecuador. (Documento ONU CERD/C/62/CO/2.), Ecuador, 2003, p.p. 4. Disponible en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CERD.C.62.CO.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD.C.62.CO.2.Sp?Opendocument) [Consulta: 8 de octubre de 2010].

20 Comité para la eliminación de la discriminación racial CERD. Examen de los Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Perú (Documento ONU CERD/C/PER/

En otro documento del organismo requirió al Estado información sobre los progresos en la elaboración de legislación que asegure mecanismos para asegurar el consentimiento previo, libre e informado de estos pueblos antes del inicio de los proyectos y sobre los mecanismos para integrar, a los debates medio ambientales, la filosofía y concepción sobre tierra y medio ambiente de los estos pueblos²¹.

Para el caso colombiano el Comité ha estimado como una violación del derecho de consulta el que no se obtenga un consentimiento previo sobre los megaproyectos de infraestructura y explotación de los recursos naturales, como la minerales, petróleo o el monocultivo.

De acuerdo a lo señalado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se ha pronunciado de manera expresa hace más de una década en relación a los proyectos que de infraestructura o de explotación de recursos naturales, señalando que para la ejecución de estos se hace necesario el consentimiento de los pueblos originarios que resulten afectados, de otro modo se estima que no se da cumplimiento al derecho de consulta. Esta noción se ha ido desarrollando a través de diversos pronunciamientos del organismo, haciendo expresa su remisión al concepto de consulta y al Convenio N° 169.

RELATOR ESPECIAL DE LA ONU SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

El relator, James Anaya, estima que el deber de celebrar consultas encuentra fundamento no sólo en el Convenio N° 169 sino también en otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial²².

De acuerdo al relator la consulta tiene por objeto poner fin a la exclusión de los pueblos indígenas en los procesos de adopción de decisiones que les afectan. Frente a la pregunta respecto a si la consulta constituye un derecho a veto por parte de los pueblos indígenas Anaya indica que es un error plantear el punto en esos términos, señala al efecto que el consentimiento es la finalidad de la consulta²³.

Respecto de la importancia de lograr el consentimiento el relator señala que esta exigencia varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Agrega que en determinadas circunstancias puede estimarse que debe prohibirse una me-

CO/14-17), Perú, 2009b. p.p. 6. Disponible en <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&%3Bdocid=4acc88f72>. [Consulta: 8 de octubre de 2010].

21 Comité para la eliminación de la discriminación racial. CERD (2009c). Lista de preguntas del Relator relativas al examen del informe periódico 14°, 15° y 17° del Perú (Documento ONU CERD/C/14-17/CPR.1), Ginebra, 2009c, pp. 4.

22 Anaya, James Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al Desarrollo (Documento ONU A/HRC/12/34), Ginebra, 2009c, p.p.14.

23 Anaya, James Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al Desarrollo (Documento ONU A/HRC/12/34) Ginebra, 2009c, pp.18.

didada o un proyecto si no existe consentimiento de los indígenas. Al respecto se refiere a la Declaración de Los Pueblos Indígenas adoptada por Naciones Unidas en 2007, en cuanto dicho instrumento prescribe en sus artículos 10 y 29 la necesidad del consentimiento en el caso de decisiones que impliquen el traslado de población indígena de sus tierras tradicionales o el vertimiento o almacenamiento de residuos tóxicos en sus tierras²⁴.

I.D. NORMAS IFC: CONSULTA PREVIA COMO REQUERIMIENTO PARA LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS.

Resulta de interés también referirnos al mecanismo de consulta aplicado en contextos privados, específicamente como parte de las regulaciones exigidas por el Banco Mundial como requisito para el financiamiento de proyectos de inversión.

En efecto, el Banco Mundial ha diseñado un conjunto de normas de orientación a las cuales deben ceñirse los inversionistas que deseen que sus proyectos sean financiados por esta entidad bancaria. Estas normativas IFC sobre pueblos indígenas se diferencian de los instrumentos legales internacionales, como el Convenio N° 169 en que desplazan el deber de acción y responsabilidad, desde los Estados nacionales al sector privado. El objetivo perseguido es que los proyectos de inversión realicen una evaluación minuciosa de los posibles riesgos e impactos sociales y ambientales que producirá el proyecto, desde las etapas iniciales de desarrollo hasta su abandono. Una vez realizada esta evaluación, se deben implementar las medidas idóneas para eliminar, mitigar y manejar estos efectos. Se busca que los proyectos financiados por el Banco logren un desempeño social y ambiental sólido que sea sostenible en el tiempo.

Entre las normas de orientación implementadas por el Banco Mundial, resulta de especial interés para el tema que nos ocupa, la Norma de Orientación N° 7 sobre Pueblos Indígenas. Ella reconoce a los pueblos originarios, como grupos sociales vulnerables y marginados, con identidades distintas a la de los grupos dominantes en las sociedades nacionales. El tema de la tierra y sus recursos es particularmente sensible dado que su modificación, ocupación o deterioro incide directamente en la subsistencia de las comunidades indígenas.

Entonces esta norma de orientación persigue evitar que los proyectos tengan impactos adversos sobre las comunidades indígenas, y cuando no sea posible evitar estos efectos, persiguen reducir al mínimo, mitigar o compensar dichos impactos y dar oportunidades a estas comunidades para que obtengan beneficios del desarrollo del proyecto, atendiendo a las particularidades propias de cada cultura.

A continuación, revisaremos en detalle lo prescrito por esta normativa sobre el deber de consulta a las comunidades.

En cuanto al deber de divulgación de información, consultas y participación informada, el documento en análisis, en la sección G14, prescribe que *“el cliente establecerá una relación continua con las comunidades de Pueblos Indígenas afectadas”*. Esta norma exige que el proceso de consulta asegure que esta sea *“libre, previa e informada”*. Esto implica, de acuerdo a la sección G 15, que *“la consulta tenga lugar en forma libre y voluntaria,*

24 Anaya, James Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al Desarrollo (Documento ONU A/HRC/12/34) Ginebra, 2009c, pp.18.

sin ninguna manipulación, interferencia o coerción externa y sin intimidación alguna.” Además, las comunidades afectadas deben tener acceso a la información pertinente del proyecto, antes de cualquier toma de decisiones que los afecte. Esto incluye el pleno conocimiento de los posibles impactos adversos en cada etapa del proyecto.

En tanto, en la sección G19 de la norma IFC en análisis se establece que cuando se solicite financiamiento para grandes proyectos que presenten impactos adversos sobre las comunidades, el Banco Mundial *“examinará la documentación del cliente sobre el proceso de participación de su comunidad.”* Y antes de presentar el proyecto ante la Junta Directiva para su aprobación, se asegurará de que:

- La participación de la comunidad indígena afectada haya involucrado una consulta libre, previa e informada;

- Que este proceso haya logrado *“un amplio apoyo²⁵ de la comunidad para el proyecto entre las comunidades afectadas de Pueblos Indígenas”*. Este “amplio apoyo” de la comunidad implica la expresión colectiva de las comunidades afectadas, *“a través de personas y/o sus representantes reconocidos, en apoyo del proyecto.”*

Es decir, estamos frente a una consulta en extremo vinculante y de una enorme gravitación a la hora de decidir el financiamiento del proyecto de inversión por esta entidad bancaria.

Precisa la sección G24 que el objetivo prioritario del proceso de evaluación es identificar las medidas que eviten los impactos adversos sobre estas tierras y recursos. Ahora bien, cuando no sea posible evitar tales impactos, se deben desarrollar medidas de mitigación o compensación que garanticen la disponibilidad de tierras y recursos naturales necesarios para la subsistencia y supervivencia cultural de las comunidades afectadas. Prescribe esta norma de orientación que *“el cliente debe ofrecer al menos el mismo nivel de compensación y debido proceso que ofrecerá a las personas que tengan título de propiedad absoluto en la jurisdicción. Es preferible dar una compensación que implique la entrega de tierras siempre que haya tierras disponibles.”*

Al igual que en los procesos de negociación, vistos con anterioridad, ésta debe desarrollarse buena fe, y el Banco Mundial *“examinará la documentación del cliente para el proceso de negociación y sus resultados y verificará que las comunidades afectadas de Pueblos Indígenas brinden un amplio apoyo al proyecto²⁶.”*

II. ANALISIS DEL CONCEPTO DE CONSULTA PREVIA EN EL AMBITO NACIONAL

II.A. APROXIMACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA.

El Convenio 169 fue ratificado por Chile el 15 de septiembre del año 2008, después de casi dos décadas en el Congreso Nacional, y entró en vigencia un año después, esto es el 15 de septiembre del año 2009, haciendo aplicación del período de vacancia consagra-

25 El destacado es nuestro.

26 Norma de Orientación G 26. Nota de orientación N° 7 Pueblos Indígenas (31 de julio de 2007). IFC: International Finance Corporation, World Bank Group.

do en el artículo 38 número 3 del mismo instrumento, el cual tiene como fundamento el otorgar un plazo prudencial para que el país adecue su institucionalidad y marco jurídico a las disposiciones del Convenio.

En el ámbito nacional se han pronunciado sobre el derecho de consulta el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y los tribunales ordinarios de justicia. Además de las iniciativas normativas que han pretendido regular este derecho.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CALIFICACIÓN DE LA CONSULTA COMO DERECHO AUTOEJECUTABLE

El Tribunal Constitucional, ha sostenido una interpretación muy restrictiva respecto al real alcance de este proceso de consulta a los pueblos indígenas.

El primer pronunciamiento relativo a estas materias se produjo en el mes de julio del 2000, cuando un grupo de diputados solicita al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad del Convenio 169 por entender que los derechos indígenas consagrados en este instrumento, constituían una discriminación contra los chilenos no indígenas. El Tribunal Constitucional resuelve esta presentación declarando la constitucionalidad del Convenio, y agregando que no habría inconstitucionalidad dado que el sistema jurídico chileno, todo él, quedaría por encima de las disposiciones del Convenio. El fallo aludido señala que *“La norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio”*, agregando que el Convenio 169 de la OIT, constituye una norma *“en su esencia programática”*. Asimismo, este dictamen declaró también la *“no autoejecutabilidad”*²⁷ de algunos preceptos contenidos en el Convenio²⁸.

Un pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169, se produce el día 3 de abril del año 2008, cuando la Cámara de Diputados envía el acuerdo aprobatorio del Convenio para control de su constitucionalidad. El tema central de la consulta se refiere específicamente al derecho indígena de participación en toda medida del Estado que les afecte, mediante consulta conducida de buena fe, destinada a alcanzar su consentimiento (Artículo 6 N°2 del Convenio N°169 de la OIT), normativa que no es totalmente coincidente con la regulación interna sobre la materia.

El Tribunal Constitucional elude la constatación de constitucionalidad e interpreta nuevamente el alcance del Convenio, señalando que el deber de consulta *“no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”*. Es decir, se trataría de *“un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante”*²⁹³⁰.

27 La autoejecutabilidad implica que la norma de derechos humanos puede ser invocada directamente ante tribunales, sin la necesidad de una ley.

28 República de Chile, Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/310>.

29 República de Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N° 1050 (3 de abril de 2008). [En línea]: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/904>.

30 De igual modo, señala en su considerando Décimo Tercero que *“la consulta a los pueblos interesados que dispone el artículo 6° del acuerdo remitido no podrá, desde luego entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, resi-*

Por otra parte, entre las consecuencias que generó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está el hecho de establecer un estándar de constitucionalidad para los Tratados, negando el efecto del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República^{31,32}, e imponiendo la idea que los Tratados Internacionales pueden ser objeto de requerimiento, ser contrarios a la Constitución y negando que el artículo 5° inciso 2° otorgue algún tipo de jerarquía³³ entre tratados. Postura que fue también avalada por la Contraloría General de la República³⁴.

CÓDIGO DE CONDUCTA RESPONSABLE. PRIMER ENSAYO DE IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 169.

La Presidenta Michelle Bachelet en el mes de abril del año 2008 anunció al país la Agenda Indígena Re – Conocer Pacto Social por la Multiculturalidad. Asimismo, se comprometió a promover el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Finalmente, anunció la elaboración de un Código de Conducta Responsable para responder a los conflictos que se generan como consecuencia de la ejecución de proyectos extractivos de recursos naturales e industriales en territorios indígenas.

La propuesta del Código en cuestión suponía un procedimiento de certificación de cumplimiento, obligatorio para inversiones públicas y voluntario para las privadas, que recogía elementos del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), el sistema de certificación del Instituto Nacional de Normalización (INN) y de las normas del IFC, para los proyectos de inversión que se localizaran en Tierras y Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), los cuales debían demostrar que contaban con un adecuado plan de manejo respecto de los siguientes ámbitos de protección: tierras, territorios y recursos naturales, patrimonio cultural material e inmaterial, protección de los recursos genéticos y los conocimientos y prácticas asociadas, salud y seguridad de la comunidad, educación, trabajo y condiciones laborales, participación, participación en los beneficios, transparencia y prevención de la corrupción.

En lo que respecta al ámbito de protección denominado “Participación”, se indicaba que cuando los proyectos considerasen el traslado de población indígena o la utilización comercial de sus recursos culturales, se debía obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas.

Antes de que entrase en vigencia en nuestro país el Convenio 169 se dio marcha atrás a la implementación del Código en comento en razón de las críticas de aquellos que señalaban que no existía motivo alguno para eximir a los privados del cumplimiento de ciertos estándares cuando operasen en tierras o territorios indígenas, como de aque-

de esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece, La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución”.

31 Cordero Vega, Luis. *Aplicación del Convenio N° 169 en materia ambiental. Entre las expectativas y la frustración*. Décimo Diálogo sobre Institucionalidad y Gestión Ambiental “Convenio 169 de la OIT: Derecho a los recursos naturales, consulta y SEIA”. Organizado por Centro de Derecho Ambiental. 1 de octubre de 2009.

32 República de Chile, Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 346.

33 República de Chile, Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1288.

34 Dictamen Contraloría General de la República N° 61.817, de 2006.

llos que estimaban que la realización de estudios de impacto social, junto con los beneficios que se entregarían a las comunidades indígenas si se llegase a invertir en esos territorios, constituía una limitación al derecho a desarrollar libremente actividades económicas.

Cabe destacar que la propuesta en análisis, aunque ambigua, poseía una completitud del tema indígena que a la fecha no ha sido lo suficientemente recogida en ningún otro instrumento de participación.

DECRETO SUPREMO MIDEPLAN N° 124/09 Y LA PRETENSIÓN DE REGULAR LOS REQUISITOS ESENCIALES DE LA CONSULTA.

Mediante el Decreto Supremo MIDEPLAN N° 124 de 4 de septiembre de 2009, que Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los Pueblos Indígenas, se pretendió desarrollar los requisitos esenciales del derecho a la consulta, establecidos en las normas internacionales.*

El Reglamento en cuestión dispone que se debe consultar respecto de “medidas legislativas y administrativas”, entendiéndose por las primeras a aquellas “ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley³⁵, así como los reglamentos, que tengan su origen en los órganos de la Administración del Estado que afecten directamente a los pueblos indígenas³⁶. Mientras que respecto de medidas administrativas a ser consultadas, estas corresponden a la aplicación de nuevas políticas, planes y programas de desarrollo Regional.

Respecto de los proyectos de inversión, el Reglamento contempla una norma especial contenida en su artículo 5³⁷, la cual excluye a los proyectos de inversión dentro del concepto de medida administrativa que se desarrolla en el artículo 14 del Reglamento. En segundo lugar prescribe que el procedimiento de consulta a pueblos indígenas se cumple siguiendo lo que la legislación respectiva señala para cada caso. Además, la

* Nota de las autoras: Este Decreto fue muy cuestionado por todos los sectores involucrados. Para acordar su derogación y un nuevo texto se constituyó una “Mesa de Consenso”. Además un nuevo Reglamento del SEIA, en trámite, contiene normativa sobre la misma materia.

35 Según estableció el Tribunal Constitucional de Chile en considerando séptimo de su sentencia Rol 309, la norma de consulta contenida en el artículo 6º, N° 1º, letra a), del Convenio 169 de la OIT tiene carácter de autoejecutable o de aplicación directa dentro del sistema legal interno, e incorpora una norma nueva en la tramitación de la ley (modifica la ley orgánica constitucional del Congreso), determinando que tal consulta posee una diferencia esencial con otras formas de consulta existentes en el ordenamiento jurídico chileno, debido a la “connotación jurídica especial”. El Tribunal Constitucional no excluye, las obligaciones que correspondan también al Ejecutivo, en su papel de colegislador, de llevar a cabo las consultas necesarias con los pueblos indígenas en relación con los proyectos de ley que el Ejecutivo presente ante el Legislativo.

36 “Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4º del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados” (art. 14 inciso final). A mayor abundamiento, el reglamento da un tratamiento específico a los proyectos de inversión (art. 5º), dentro del cual estarían los procesos autorizatorios como una RCA. Al respecto ver artículo 14 del Reglamento.

37 El artículo 5 del D.S. MIDEPLAN N° 124/09 señala que en la medida que ellos se desarrollen “en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley 19.253, cuando corresponda serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá, además aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa especial.

norma al señalar que el procedimiento de consulta se aplica “cuando corresponda”, da pie para entender que si el procedimiento sectorial no contempla una instancia de participación, no será necesario realizar la consulta. Y si bien el Reglamento establece la posibilidad de aplicar en subsidio la consulta en él regulada, el ejercicio es facultativo, restándole con ello fuerza al instrumento.

En definitiva este cuerpo legal recoge la posición de aquellos que estiman que nuestro ordenamiento jurídico va contaría con mecanismos que permiten la participación de los pueblos indígenas, siendo sólo necesario realizar algunas modificaciones para estar acordes con lo que establece el Convenio 169, y que un exceso de institucionalidad significaría nada más una mayor ingobernabilidad de la política indígena³⁸.

LA CORTE SUPREMA

Los tribunales de justicia no han estado ajenos a dicha posición restrictiva, así a modo de ejemplo, la Corte Suprema al resolver el recurso de apelación de la protección del caso “Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de la Araucanía”³⁹, por cuanto si bien ha reconocido implícitamente que la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es una medida administrativa, ha sostenido que no se requiere llevar a cabo un proceso de consulta tratándose de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y en caso que se tratase de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) existirían instancias plenas de participación⁴⁰. Mientras que resolviendo el recurso de protección del caso “Nahuelpan, Javier y otros contra Corema Regional de los Ríos”⁴¹, la Corte estimó forzoso concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas ya se encuentra incorporado en la legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 establecen⁴². De esta línea argumentativa de nuestro tribunal superior de justicia cabe

38 Convenio 169: ¿Hacia Dónde Deben ir los Cambios? Temas Públicos, Libertad y Desarrollo. N° 922 - 19 de junio 2009.

39 CS, Rol 1525-2010. “Puelman Ñanco Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de la Araucanía”.

40 La parte recurrente señala que la RCA impugnada es ilegal, por cuanto fue otorgada mediante un procedimiento inadecuado [DIA], desde que al verse eventualmente afectada una comunidad indígena cercana-en tanto población protegida por leyes especiales- debía ingresar mediante un EIA y en ese marco generarse una consulta previa, libre e informada conforme al estándar internacional al que está obligado el Estado de Chile y no un simple proceso de socialización como el promovido por la apelante.

41 Corte Suprema, Rol 4078-2010. Nahuelpan, Javier y otros contra Corema Regional de los Ríos.

42 El considerando octavo de la sentencia en comento, indica que específicamente el procedimiento de participación ciudadana reconocido por la Ley N° 19.300 comprende distintas instancias de intervención para las personas naturales directamente afectadas y las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a saber:

a) Imponerse del contenido del Estudio de Impacto Ambiental y sus documentos de manera previa a la decisión que lo aprueba o rechaza;

b) Formular observaciones ante el órgano correspondiente - Comisión Regional del Medio Ambiente o Comisión Nacional del Medio Ambiente, según sea el caso- que del examen del Estudio de Impacto Ambiental estimen pertinentes;

c) En la resolución de calificación ambiental que se pronuncie acerca del proyecto o actividad en estudio, la autoridad ambiental deberá ponderar las observaciones planteadas;

d) Interponer el recurso de reclamación ante la Dirección Ejecutiva de la CONAMA si se estimare que las observaciones no fueron debidamente ponderadas;

destacar la no aplicación del concepto de “medida administrativa” contenida en el D.S. N° 124/09.

Al mismo tiempo, la Corte ha calificado a la RCA como una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los integrantes de pueblos indígenas, haciendo sinónimos la “afectación” a que se refiere el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio N° 169, con “*el reasentamiento de comunidades humanas o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”, a que se refiere el artículo 11 letra c) de la Ley 19.300, esta última causal de ingreso al SEIA a través de un EIA. De este modo, se ha restringido la procedencia del proceso de consulta solo a los EIA, excluyendo a las DIAS, y se ha asimilado el objeto del procedimiento de participación ciudadana contemplado en la Ley N° 19.300 y el de la consulta indígena del Convenio N° 169⁴³.

II.B. EXAMEN DE LA POSICIÓN ADOPTADA POR EL ESTADO CHILENO A LA LUZ DEL DESARROLLO DEL DERECHO A LA CONSULTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A pesar de la definición que hiciera el Tribunal Constitucional de la norma del Convenio 169 referida al derecho a Consulta como una norma autoejecutable, es decir una norma que no necesita de un desarrollo normativo posterior para su implementación encontramos en el D.S 124/09 un primer intento de desarrollo normativo del derecho a la consulta en el sistema jurídico nacional. De acuerdo a lo expuesto a lo largo de este texto este Reglamento, al desconocer el carácter de medida administrativa a las RCA, terminó sometiendo el Convenio N° 169 a una norma local y de estándar inferior, transgrediendo con ello el artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, el cual dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁴⁴. La interpretación referida fue superada rápidamente por los tribunales de justicia, poder del Estado que admitió el carácter de medida administrativa de la RCA.

Desde entonces la discusión se ha centrado en la relación entre el derecho a la consulta y el SEIA. Al respecto cabe hacer presente que de lo expuesto en este texto se observa que el derecho internacional ha conceptualizado el derecho a la consulta como un

43 En el sentido contrario destaca el considerando 10° de la sentencia de la CA de Puerto Montt, Caso “Lonko Vera Millaquen con Los Fiordos”, Rol N° 36-2010, que señala: “En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.”

44 En cuanto al fondo, el reglamento crea un mecanismo para recabar la opinión de los pueblos indígenas, y no uno que permita el diálogo de buena fe orientado a alcanzar el consentimiento de los afectados por las medidas propuestas. Además, excluye unilateralmente de la obligación de consulta previa a las municipalidades y a las empresas públicas (artículo 4); le otorga carácter facultativo en relación a proyectos de inversión (artículo 5); y elimina su carácter previo bajo ciertas circunstancias (artículo 15). Además restringe la consulta en materia administrativa a las políticas públicas (artículo 14), excluyendo otros actos administrativos que pueden ser susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile. Elaborado por: Consejo de Longko del Pikun Wijimapu - el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales - el Grupo de Trabajo Mapuche sobre los Derechos Colectivos - el Observatorio Ciudadano - Wallmapuwen. 1° de septiembre de 2010.

instrumento que permite a los pueblos indígenas la posibilidad de controlar su territorio, sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones en el marco del Estado en el que viven.

Por su parte el objetivo de la participación ciudadana en el SEIA consagrado en nuestro derecho positivo es la intervención de las comunidades locales en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente en el que se desenvuelven⁴⁵. Es decir los objetos de uno y otro instrumento son absolutamente disímiles, sin embargo, de acuerdo a lo observado en cuanto al desarrollo otorgado en el ámbito nacional al derecho a la consulta, es posible inferir que ambos instrumentos han sido homologados o que al menos el derecho a la consulta en cuanto tenga incidencia o se relacione con proyectos extractivos se pretende subsumir en el SEIA. Esta lógica aspira a justificarse en el concepto amplio de medio ambiente que recoge nuestra legislación⁴⁶, el cual al abarcar no sólo las interacciones de los humanos con la naturaleza, sino que también las interacciones de los humanos entre sí (al hablar de elementos “naturales y artificiales”, y de elementos “socioculturales”), ha servido para sostener que el tema indígena estaría considerado en su completitud dentro de la legislación ambiental.

Esta lógica reduccionista ha traído como consecuencia una interpretación restrictiva del alcance del derecho a la consulta. Interpretación que se ha manifestado en la construcción del argumento que asimila el vocablo “directamente”, utilizado por el artículo 6 del Convenio, con el concepto de “alteración significativa” de la Ley N° 19.300. Esta tesis intenta legitimarse en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, recientemente modificado en virtud de la Ley N° 20.417⁴⁷. Esta norma establece como deber genérico de los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental,

45 Las modificaciones que introdujo la Ley N° 20.417 a la Ley N° 19.300 en lo que se refiere a participación ciudadana, amplían su procedencia a las DIAS, pero de manera restringida, pues solo procederá en los casos de proyectos que impongan cargas ambientales, es decir que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

46 “El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (Art. 2, letra II) Ley 19.300).

47 En este sentido se pronuncia el Gobierno de Chile en la Memoria presentada a la OIT acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio 169, por cuanto en base a la disposición referida, señala que el artículo 11 de la Ley 19.300 establece que si un proyecto o actividad de aquellos listados en el artículo 10 del mismo cuerpo legal, genera o presenta a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; o alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, requiere evaluarse ambientalmente mediante el documento definido como Estudio de Impacto Ambiental, en donde debe describirse, para su debida evaluación por los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, “pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación”. Además, dicho instrumento -en oposición a las Declaraciones de Impacto Ambiental, destinada a proyectos de menor envergadura- debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción e identificación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”.

el que propendan por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de diversos aspectos referidos a los pueblos, comunidades y personas indígenas⁴⁸.

Pero aún en el caso que, el proceso de participación ciudadana de la Ley N° 19.300, propiciara el alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a los proyectos de inversión sometidos a evaluación ambiental, de conformidad al estándar que impone el Convenio N° 169, su realización no sería garantía de dar cumplimiento en su completitud al derecho de consulta, pues la concreción de un proyecto lleva asociado una serie de otros actos administrativos autorizatorios, de efectos particulares, que dicen relación con la ocupación del territorio indígena, tales como las concesiones administrativas, concesiones mineras, servidumbres y los derechos de aprovechamiento de aguas, etc., y que no son objeto de discusión en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, por cuanto tienen incidencia en materias que escapan de dicho ámbito. Más aún cuando la intervención del territorio indígena no constituye causal de ingreso al SEIA, puesto que no se contempla dentro del concepto de área protegida a efecto de la letra p) del artículo 10 de la Ley N° 19.300.

La conceptualización de la consulta en los términos referidos fue presentada a la O.I.T en la memoria oficial que el Gobierno de Chile envió esta organización⁴⁹ a un año de la entrada en vigencia del Convenio. La Comisión de Expertos de este organismo, en respuesta a este informe pidió al Gobierno chileno que responda a los comentarios de la CONAPACH, de la CUT y de CONAPAN⁵⁰, y solicitó un nuevo informe al Estado de Chile, lo que indica a todas luces la falta de conformidad de este organismo internacional respecto a la actividad desplegada por nuestro país en torno a la implementación de este instrumento internacional. En función de lo anterior resulta conveniente no insistir con la formalización de la consulta en el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵¹, pues no existe coincidencia entre los ámbitos de protección de ambos instrumentos y por tanto mientras se intente una homologación entre ambos no

48 La redacción actual inciso 2° del artículo 4 de la Ley 19.300, ordena que "los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

49 Memoria presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008

50 La Comisión toma nota de la detallada primera memoria y de los completos anexos proporcionados por el Gobierno, que demuestran la atención particular que éste brinda a la aplicación del Convenio. La Comisión toma nota asimismo de los comentarios de la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile (CONAPACH), y de la Central Unitaria de Trabajadores de Chile (CUT) en nombre de la Coordinación de Organizaciones y Comunidades Mapuches, Región de la Araucanía y del Centro de Cultura Pueblos Nación Mapuche Pelón Xaru, ambos de 30 de agosto de 2010, así como de los comentarios de la CUT de 1.º de octubre de 2010. La Comisión toma nota asimismo de los comentarios presentados por la Confederación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Panificadores (CONAPAN) el 3 de noviembre de 2010. La Comisión examinará estas comunicaciones en su próxima reunión junto con toda observación que el Gobierno desee presentar al respecto. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Referencia: ILC.100/III/1. Fecha de publicación: 16 de febrero de 2011.

51 <http://www.observatorio.cl/node/1634>

se estará cumpliendo con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Chile en materia de pueblos indígenas.

III.- CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo se ha profundizado en el concepto de Consulta previa a los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten, de acuerdo a lo prescrito por el Convenio N° 169. Enfatizando sus caracteres principales y requisitos.

Dicho examen revela que la complejidad y profundidad conceptual de la Consulta es bastante mayor que la interpretación que diversos organismos públicos y tribunales ordinarios de justicia le han otorgado en nuestro país. De igual modo, esta interpretación a cabalidad del alcance de la Consulta previa se condice con la interpretación que de ella han realizado otros organismos internacionales y entidades privadas (Banco Mundial), quienes enfatizan su carácter de piedra angular del Convenio 169, entendido dentro del ámbito general de los derechos humanos. No podría ser de otra manera si se busca proteger efectivamente el desarrollo social y la supervivencia de los pueblos originarios de nuestro continente.

Vemos como un peligro el intento de asimilar la Consulta previa del Convenio N° 169 con el proceso de participación ciudadana en el SEIA, dado que ambos se conciben para objetos completamente diferentes. Además, el SEIA es inadecuado para estos efectos también por la celeridad con que se desarrolla el proceso de evaluación de proyectos de inversión que lo hacen incompatible con los caracteres y requisitos que posee la Consulta a las comunidades indígenas del Convenio N° 169.

Estas incongruencias de interpretación que se perciben a nivel de nuestros organismos públicos ya han sido advertidas por la Comisión de Expertos de la OIT que evalúan los estándares de cumplimiento de este tratado en Chile, es de esperar que se produzca a la brevedad un cambio de orientación en la interpretación de este importante instrumento de participación de los pueblos indígenas de nuestro país, a fin de evitar sanciones internacionales y proteger debidamente a los pueblos originarios que tanto han aportado a nuestra cultura e identidad nacional.