

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152

I.- Introducción

El establecimiento de procedimientos adecuados y pertinentes que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en asuntos susceptibles de afectarles directamente, en tanto sujeto colectivo de derecho, representa un desafío para una institucionalidad estatal que concibe las relaciones con las identidades indígenas desde el desconocimiento o bien desde el paradigma de la integración y el asistencialismo, negando la circunstancia de estar ante sujetos a los que el derecho internacional les ha reconocido titularidad colectiva de derechos y que en los últimos decenios ha amparado sus demandas de participación y reconocimiento.

Superar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar el máximo control posible a los pueblos indígenas sobre su propio desarrollo económico, social y cultural¹ representa un imperativo jurídico, que requiere asumir como primera condición que hay una realidad multicultural y plurinacional que reclama reconocimiento y respeto.

El deber de consulta previa se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y ha sido fuente de interpretación y desarrollo jurisprudencial tanto de los órganos de control de tratados, como de la Corte IDH. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya ha recordado que este deber se encuentra regulado también por otros instrumentos internacionales de carácter general de los que Chile es parte, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos². Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño³, el Comité de Derechos Humanos⁴, el Comité para la Eliminación de la

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

² Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 23.

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

⁴ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5. 18 de mayo 2007, párr. 19 (c).

Discriminación Racial⁵, y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal⁶ han formulado un llamado al Estado a celebrar procesos de participación que consideren la consulta previa a los pueblos indígenas en todas aquellas materias de índole administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente.

Este corpus jurídico, se ha encarnado en otras realidades, cuyos ordenamientos jurídicos han avanzado en reconocer a nivel constitucional o legal el deber de consulta previa asentado en el principio de autodeterminación indígena en contextos de Estados unitarios⁷.

Uno de los principales desafíos en este ámbito lo constituye la debida implementación del deber de consulta previa. Satisfacer adecuadamente este deber, de acuerdo a los más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, no sólo dimana del cuerpo de normas convencionales, sino que es igualmente estimado hoy un Principio General del Derecho Internacional⁸.

El debate en torno a la forma en que los pueblos indígenas y el Estado asumen respectivamente sus obligaciones es de cardinal importancia, puesto que como lo ha señalado reiteradamente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones -CEACR, órgano de control de la OIT- la participación y la consulta constituyen la piedra angular del Convenio 169 y la base de todas sus disposiciones⁹.

Desde septiembre de 2009, año en que entra en nuestro país en vigor el Convenio 169 de la OIT, a la fecha, el tema de la participación y consulta ha estado presente en la agenda pública en diversas oportunidades y con motivo de alguno de los principales proyectos de

⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18. 13 de agosto de 2009, párr. 16 y 22.

⁶ Examen Periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 67.

⁷ En Bolivia, la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados “mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan” (art. 30.II.15). La Constitución Política de Colombia establece en el parágrafo del artículo 330 que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. La Constitución Política de Argentina (1994) En su art. 75.17 mandata como obligación del Congreso de la republica el “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas” y “Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano;”

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

⁸ Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.164.

⁹ CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011.

inversión y desarrollo (en el ámbito energético y extractivo) e iniciativas legislativas impulsadas por el Estado¹⁰.

Nuevamente este tema se plantea a propósito de la reforma introducida a la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, por la Ley N° 20.417 publicada el 26 de enero de 2010, que crea una nueva institucionalidad ambiental que cristaliza en el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental -SEA- y la Superintendencia del Medio Ambiente. Por medio de esta reforma se introducen modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -SEIA-, que requiere ser reglamentado.

Respecto de este Reglamento el Director del Servicio de Evaluación Ambiental, Sr. Ignacio Toro Labbé, ha solicitado la opinión del INDH específicamente en relación a aquella parte que regula la “Participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -SEIA-”.

El presente documento se propone en el contexto de lo solicitado abordar los siguientes temas: En primer lugar, exponer los contenidos y principios que rigen la consulta en base a los desarrollos normativos verificables en el derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, dar cuenta de algunas especificidades de la consulta previa en materia de evaluación de impacto ambiental. Luego atendida consideración que se nos pide opinión en torno a una manifestación de la potestad reglamentaria de ejecución, nos proponemos reflexionar sobre la idoneidad de un reglamento, en tanto instrumento normativo, para la garantía efectiva de un mecanismo de consulta previa. En cuarto lugar, nos respondemos a la pregunta de si el Reglamento propuesto por la autoridad administrativa debe ser sometido a consulta previa y si el procedimiento llevado a cabo por el Estado satisface el estándar que en la materia rige y por último analizamos el cuerpo reglamentario propuesto y en especial si las hipótesis de afectación contempladas y el procedimiento de consulta concebido se adecua al horizonte normativo impuesto por el convenio 169 de la OIT y demás normativa internacional aplicable. El INDH a este respecto en su Informe Anual 2012, sostuvo que el Reglamento del SEIA debe someterse a un proceso de consulta acorde a los estándares internacionales y recepcionar los principios concurrentes a la consulta previa, entre ellos que independientemente de la magnitud del proyecto de inversión en tierras y territorios indígenas y siempre que sea susceptible de afectar a dichos pueblos, estos deben ser consultados. El reglamento propuesto restringe las hipótesis en que dicha consulta resulta obligatoria para la autoridad ambiental, dejando al margen de la consulta otros proyectos de inversión que no necesariamente reúna esas características y, sin embargo, sean susceptibles de afectar a dichos pueblos¹¹. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados¹².

¹⁰ Ejemplos de estas son diversos proyectos de ley (Pesca, Carretera Eléctrica, Bosques, por citar algunos); la adopción de medidas administrativas adoptadas por la autoridad ambiental; actos de concesión o incluso de diseño de políticas públicas en las que se reclama el derecho a la participación efectiva.

¹¹ INDH. Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile. 2012. Pág. 68.

¹² Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 177.

La importancia del establecimiento de mecanismos de consulta y participación adecuados en estas materias, dice relación con que los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas hacen parte del conflicto intercultural que el Estado de Chile enfrenta con poblaciones indígenas. Es posible advertir en relación a este punto que existe una presión derivada de la necesidad de nuevas fuentes energéticas, y de la explotación de recursos naturales (hídricos, minerales, forestales, y otros) que inciden sensiblemente en los hábitats de estos pueblos. La satisfacción de estas necesidades no puede hacerse a costa de la negación de los derechos de los pueblos indígenas.

Según el actual Relator de la ONU, “[e]l deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. (...) Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”¹³. De esta manera la regulación adecuada y respetuosa de las obligaciones del Estado, previa consulta con los pueblos indígenas, debe concebirse como un esfuerzo que coadyuva a superar relaciones caracterizadas por la tensión y el conflicto¹⁴.

II.- Estándares internacionales en materia de consulta previa.

El deber de consulta como lo ha señalado el INDH “[s]upone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos. Por lo mismo constituye una norma fundamental del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su desarrollo económico, social y cultural. De esta manera la consulta se asienta en el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente”¹⁵.

El fundamento de esta obligación, como ha sido señalado, encuentra sustento normativo en diversas fuentes del derecho internacional y no sólo en el Convenio 169 de la OIT (del mismo modo como el derecho de consulta es uno de los tantos derechos contemplados por este Convenio). Específicamente este instrumento internacional señala en su artículo 6.1 que “[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y en el N° 2 de dicho artículo

¹³ Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009.

¹⁴ CEACR. Observación Individual sobre el Convenio 169, Guatemala (2006). “La consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados”. Consultado en: Núñez; Manuel (Director); Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte, 2010. Píe de pág., n° 140, pág. 435.

¹⁵ INDH. Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile. 2011. Pág. 36.

establece que: “[l]as consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Por su parte el art. 7.1 mandata que “[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

El Convenio 169 trata de este deber además en relación al derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, incluida la obligación de someter a consulta la susceptibilidad de afectación en el evento que dichos recursos sean de propiedad del Estado (art. 15). En esta hipótesis (propiedad estatal de los recursos naturales) la determinación de si los intereses de los pueblos indígenas puedan verse afectados frente a un proyecto de inversión o desarrollo, corresponde ser consultada previamente.

Se trata igualmente este deber en relación a la capacidad de transferir o transmitir el derecho de dominio sobre tierras indígenas (art. 17). Adicionalmente se deberá someter a consulta la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación (art.22). En materia de educación, se estipula el deber de consulta previa y participación en relación a la formulación y ejecución de programas de educación (art 27) y al fortalecimiento de su propia lengua (art. 28).

Por su parte la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas asentando en su preámbulo que dichos pueblos “[s]on iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales(...)”, establece que se deberán celebrar consultas, antes de adoptar y aplicar medidas administrativas o legislativas que los afecten, por medio de sus instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (art. 19).

Sobre el alcance de la consulta previa, y cómo se la debe concebir, los órganos de Control de la OIT han expresado que ella va mas allá de su aplicación a un caso concreto “[s]ino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblo indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a estos fines”¹⁶.

Para cumplir con este deber según la jurisprudencia de la OIT, la cual ha sido expresamente recogida por el actual Relator de la ONU como criterios mínimos y requisitos esenciales

¹⁶ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 54.

para una consulta válida a los pueblos indígenas¹⁷, esta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones:

1.- *Previa*. La consulta procede siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena de que se trata, lo que implica que ella debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. El artículo 6 de la OIT exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas susceptibles de afectarles directamente. Esto supone, por ejemplo, que las comunidades y pueblos sean involucrados lo antes posible en el proceso, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental¹⁸. La consulta por lo tanto, debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

2.- *Procedimientos apropiados*. No hay un modelo de procedimiento apropiado, por lo que se ha sostenido por el CEACR que este deberá tener en cuenta a lo menos dos criterios: las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada¹⁹.

La validez y legitimidad de los procedimientos adecuados supone un concierto y acuerdo previo entre los propios pueblos interesados. El procedimiento apropiado de esta manera, exige que lo sea para los propios pueblos concernidos en el proceso²⁰.

La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento²¹. Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente²². Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren las personas consultadas para poder adoptar una posición, “[p]ara la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del

17 Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en la Web: http://www.politicaspublicas.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf.

18 Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr. 78.

19 OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 53.

20 OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág.53.

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

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

país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”²³.

Por lo tanto, se requiere entre otras condiciones establecer plazos adecuados, los que a su vez dependerán del tipo de medida a ser sometida a consulta²⁴. Se requerirá en este contexto garantizar que la consulta sea efectivamente accesible a los pueblos indígenas por lo tanto, se deberá tomar en cuenta la diversidad lingüística, lo que es consiste con la obligación impuesta por el art. 12 del Convenio que prevé la obligación estatal de “[g]arantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.”

La Corte IDH ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas “[d]eben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones”²⁵. El carácter adecuado implica que “[l]a consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión”²⁶.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha sostenido en este punto que “[s]e deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manea que se adapte a sus modelos culturales y sociales (...) si eso no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”²⁷.

3.- *Instituciones representativas*. El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye “[u]n requisito esencial de los procedimiento de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los

²³ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>, párr. 79.

²⁴ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Párr. 62 http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf

²⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 201.

²⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202.

²⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas 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. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, Apéndice A, párr. 33.

diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”²⁸.

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena entraña, en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en definir con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas que permitan entablar un diálogo genuino y constructivo con el Estado y de esta manera concurrir a la consulta previa. Para determinar cuáles son dichas instituciones representativas es necesario atender a los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al respecto, la OIT ha destacado esta cuestión señalando que “[l]o importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”²⁹. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*: “[e]l pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”³⁰.

De esta manera la obligación de consulta previa implica ciertas cargas o responsabilidades para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad, no discriminación, particularmente en cuanto al género y buena fe. En este sentido el ex Relator Stavenhagen, señaló que “[l]os pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda”³¹.

Ello constituye un componente esencial de la obligación de consulta. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Por ello es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados³². Se ha señalado

²⁸ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28.

²⁹ Cfr. OIT Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. OIT. Ginebra. 2010Párr. 75, pág. 28.

³⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr.18.

³¹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15 15 de noviembre de 2007. párr. 23.d).

³² Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párr. 61.

por parte de los órganos de control de la OIT que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible y que no deben confundirse las "instituciones representativas de los pueblos indígenas" con las "organizaciones más representativas" de estos pueblos. Esto implica que se deben realizar procesos de consulta que considere, por ejemplo, a las autoridades tradicionales y ancestrales de los pueblos involucrados y no sólo a las comunidades u organizaciones establecidas conforme a determinada legalidad³³.

De acuerdo al Relator Especial en relación a los criterios mínimos de representatividad se debería tener en cuenta: a) el alcance de las medidas a ser consultadas; b) atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; c) las distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y por último, conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, d) deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género³⁴.

4.- *Buena fe.* Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad. Al respecto, e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en “[q]ue ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado”³⁵.

5.- *Apropiada a las circunstancias.* El procedimiento a seguir no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas. Por el contrario, se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta.

6.- *Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas.* Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común. No satisface la consulta la existencia de una reunión de mera información o una audiencia en la

³³En el caso chileno, la Ley de Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos. 9 a 11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

³⁴ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. cit, párr. 31.

³⁵ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. citada supra.

cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un intercambio auténtico con continuidad y tiempo para al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.

6.a) *Consideraciones sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado.* El derecho a consulta no es equivalente a un derecho a veto en relación a la iniciativa legal o administrativa que es objeto del procedimiento respectivo³⁶; no obstante, ciertas iniciativas deben por su impacto contar adicionalmente con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos concernidos directamente. Ello ocurrirá cuando la iniciativa legal o administrativa ponga en peligro la supervivencia de dicho pueblo.

Este derecho ha sido reconocido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) quien en su Recomendación General N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, exhorta en particular a los Estados Partes a que: “d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen 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” (el subrayado es nuestro).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2010) subrayó que los Estados Parte deben respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los asuntos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos³⁷.

También el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, (2003), al referirse a las consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala, señaló que “[e]l consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes (...) para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado”³⁸.

Mismo parecer fue posteriormente recogido por la Corte IDH para establecer en su jurisprudencia, en el caso *Saramaka*, que ante grandes planes de desarrollo o de inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros de dicho pueblo, se debe requerir adicionalmente la obtención del consentimiento libre, previo e informado³⁹.

³⁶ CEACR Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011. Pág. 5.

³⁷ Comité DESC. Observación General N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural; artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/GC/21. 17 de mayo de 2010. párr. 37.

³⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr. 66.

³⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párr. 137.

La Comisión IDH, por su parte, ha señalado que el consentimiento debe “interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos”⁴⁰.

Sistematizando los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Comisión concluye que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas deviene en obligatorio cuando:

- Se trate de proyectos de inversión que impliquen desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas;
- En línea con lo resuelto por la Corte en el caso *Saramaka*, el consentimiento adquiere carácter obligatorio, si se trata de un proyecto de inversión o desarrollo o de concesión de explotación, cuya ejecución privaría a los pueblos indígenas de la “capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia”⁴¹;
- Por último, en el evento en que se deposite o almacenen materiales “peligrosos en tierras o territorios indígenas”⁴².

Todo lo dicho está en consonancia con lo dispuesto en el art. 16.2 del Convenio 169 de la OIT que dispone que si excepcionalmente se requiriera del “(...) traslado y la reubicación de pueblos indígenas, sólo deberá efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”.

7.- La susceptibilidad de afectación directa como umbral de procedencia de la consulta previa. Un requisito de procedencia para la consulta conforme se desprende del art. 6 del Convenio 169 de la OIT es que la medida propuesta sea “susceptible de afectar directamente” a los pueblos indígenas. De esta manera, no toda medida debe ser sometida a consulta previa, sino aquella que reúna las características de susceptibilidad de afectación. El juicio para determinar si la medida propuesta afecta o no a dichos pueblos es de “susceptibilidad”. Esto significa que la medida sea capaz de “recibir modificación o impresión”⁴³ de afectación directa.

Este consentimiento también es exigido explícitamente por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en caso de preverse traslados de población indígena y en el caso que se pretenda almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

⁴⁰ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 332

⁴¹ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 334 punto 2.

⁴² Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 334. Punto 3

⁴³ Real Academia de la Lengua Española. Consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=susceptible>

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha señalado que cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas de modos no percibidos por otros individuos de la sociedad estamos en presencia de una afectación directa⁴⁴. Se agrega por parte del Relator que “[u]na incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios”⁴⁵.

Ello significa que aun cuando una medida administrativa o legislativa sea de carácter y alcances generales deberá someterse a consulta en tanto “[d]ichas medidas de algún modo afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos”⁴⁶. De ahí que a propósito de las recomendaciones formuladas a la propuesta gubernamental de nuevo reglamento de consulta, el Relator Especial sostenga que “[e]l Estado tiene el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y por ello debe evaluar preventivamente si las medidas administrativas o legislativas a adoptar puedan afectar, negativa o positivamente, o involucrar derechos o intereses de los pueblos indígenas, y en tales casos realizar los ajustes correspondientes. En función de este deber estatal, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas para asegurar las condiciones que salvaguarden [sus derechos]”⁴⁷.

La afectación directa, por lo tanto, no tiene que ver con la gravedad de la medida, ni siquiera con las cualidades negativas que eventualmente ella entrañe, sino con los intereses y derechos alcanzados o de alguna manera afectados y así percibidos por los propios pueblos indígenas. Concebir el deber de consulta sólo para aquellas medidas que generan externalidades significativas supone establecer una limitación o restricción que el tratado no considera, pues del tenor literal de lo dispuesto en los artículos pertinentes del Convenio, se exige siempre y, no sólo cuando las medidas surtan un impacto de gravedad, el deber de llevar a cabo los procesos de consulta previa. Así lo señala el actual Relator: “[e]s importante evitar cualquiera insinuación de que los procesos de consulta se centran principalmente en medidas ya definidas que tengan impactos adversos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, tal como ya se ha señalado, los procesos de consulta son para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que

⁴⁴ Anaya, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009, párr. 43.

⁴⁵ Anaya, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009, párr. 43.

⁴⁶ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 43. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>

⁴⁷ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 34. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>

deberían facilitar el diálogo que incluya la búsqueda de alternativas a aquellas medidas que pudieran limitar o alterar el ejercicio de sus derechos o tener efectos en sus intereses, territorios, recursos o condiciones de vida”⁴⁸.

III.- Estándares de la consulta previa en materia de evaluación de impacto ambiental

El deber de consulta y participación, incluida la obligación de alcanzar el consentimiento previo, libre e informado, en aquellos casos expresamente señalados por el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adquiere importancia fundamental tratándose de acciones o proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Ello como consecuencia de la especial relación de dichos pueblos con sus tierras y territorios, al constituir estos últimos el sustento de sus sistemas de vida y fundamento de su supervivencia como grupo humano. De esta manera el ex Relator Rodolfo Stavenhagen, señaló que ante el evento de llevar a cabo proyectos de inversión en territorios indígenas incluidos aquellos de carácter tradicional o dominios ancestrales, “[l]os derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”⁴⁹.

En el sistema interamericano se ha mantenido firme la opinión respecto a que las obligaciones de respeto que pesan sobre el Estado comprenden las garantías de protección de los derechos colectivos a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, y que la infracción a dicha obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado⁵⁰.

El fundamento de este derecho, descansa en el uso y posesión tradicional y ancestral de las tierras y territorios y no en el reconocimiento oficial del Estado⁵¹. Más aun, la Corte IDH ha precisado que aun aquellos pueblos indígenas “[q]ue han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras”⁵². De esta manera se ha asentado que el derecho de propiedad indígena alcanzan las tierras y recursos “[q]ue poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente

⁴⁸ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 34. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>

⁴⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr.75.

⁵⁰ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 65.

⁵¹ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.68.

⁵² Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 128.

protegida – v.g. un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales”⁵³.

El derecho a usar y gozar del territorio, dijo la Corte IDH en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador* (2012) se extiende a la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, lo que implica garantizar a estos pueblos “[l]a seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”⁵⁴.

Por lo tanto, se puede sostener que las obligaciones derivadas de la protección al derecho de propiedad indígena sobre sus tierras y territorios, incluye el derecho sobre los recursos naturales presentes en dichas tierras y territorios por lo que el Estado no puede, en virtud de la intrínseca relación entre tierras y recursos naturales, disponer de estos últimos discrecionalmente sin considerar la especificidad que el derecho convencional indígena y el desarrollo normativo han reconocido y dispuesto a favor de estos grupos humanos. Esto ha sido especialmente precisado en el sistema interamericano de derechos humanos: “Como sucede con el derecho a la propiedad territorial en general, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales vinculados a su cultura presentes en sus territorios no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades estatales sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado del pueblo, así como los requisitos generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena”⁵⁵.

Adicionalmente en el caso *Sarayaku* la Corte IDH, reflexionó en torno a la relación que existe entre los derechos a la consulta, la propiedad indígena y la incidencia con el derecho a la identidad cultural. Ello en razón una vez más, a la especial relación con las tierras y el valor inmaterial presente en dichos espacios y que hace parte de la cosmovisión y cultura de dichos pueblos. La Corte estimó que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas “[q]ue debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y

⁵³ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.78.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.146.

⁵⁵ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 39.

⁵⁵ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.186.

fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”⁵⁶

Los Estados deberán en este marco garantizar la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1 Convenio 169). El Convenio impone salvaguardias especiales en relación a estas materias, en particular: medidas de protección del medio ambiente (artículo 4.1); obligación de Estudios de Impacto Ambiental (artículo 7.3) y preservación del medio ambiente (artículo 7.4).

La Comisión de Expertos de la OIT ha advertido las falencias que la legislación sectorial chilena presenta en esta materia. En una solicitud directa (2011) señaló que “[e]l Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contienen disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión”⁵⁷. La Comisión recordó al Estado la obligación contenida en el artículo 15 del Convenio de “[e]stablecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida”⁵⁸.

Este año (2013) la CEACR requiere al Estado que en “[l]a próxima memoria se incluya un texto reglamentario que asegure la eficacia de los requerimientos de la consulta, la participación y la cooperación con los pueblos indígenas que se establecen en los artículos 6 y 7 del Convenio. En caso de que un estudio de impacto ambiental conlleve la prospección o explotación de recursos existentes en tierras indígenas y/o el reasentamiento de comunidades indígenas, la Comisión invita al Gobierno a indicar cómo se asegura el cumplimiento de todos los requerimientos de los artículos 15 y 16 del Convenio”⁵⁹.

En el Caso *Saramaka* la Corte IDH fijó un triple estándar en relación a los recursos naturales consistente en consulta y consentimiento; estudios de impacto y participación en los beneficios⁶⁰.

En relación a la consulta y los proyectos de inversión en tierras y territorios, se ha logrado determinar que ella, siempre que cumpla con los requisitos “[p]ueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”⁶¹. Estas consultas, relacionadas con los proyectos de desarrollo e inversión, de acuerdo a la más reciente sentencia de la Corte IDH (*Sarayaku*) debe ser

⁵⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.217.

⁵⁷ Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334939:YES

⁵⁸ Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334939:YES

⁵⁹ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III, (Parte IA), ILC.102/III (1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 102.ª reunión, año 2013

⁶⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N°. 185, párr. 38, 129.

⁶¹ CEACR Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011

sistemática, basada en el respeto a las costumbres y tradiciones de los pueblos concernidos, y en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además de los requisitos y principios vistos en relación a la consulta previa, ellas deben llevarse a cabo “[e]n las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto”⁶².

El Comité de Derechos Humanos ha señalado al Estado de Chile que debe “[c]onsultar con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el Pacto”⁶³.

Estudios de Impacto Ambiental

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

Los instrumentos de gestión ambiental, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas deben considerar no sólo la ordenación del medio ambiente, como bien jurídico sujeto a tutela, sino satisfacer y orientarse a garantizar los derechos colectivos que les asistente, incluido el de decidir sobre el uso y goce de los recursos naturales que integran sus territorios.

En el caso *Sarayaku Vs Ecuador* (2012), la Corte IDH insistió en que el Estado debe garantizar que no se autorizará ningún proyecto de exploración o explotación en tierras indígenas mientras “[e]ntidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”⁶⁴.

Dichos estudios tiene por objeto de conformidad a esta jurisprudencia, no sólo prever los impactos y externalidades negativas sobre el derecho de propiedad o a la integridad de las personas y colectivos indígenas, sino y adicionalmente, asegurar a través de ellos que los integrantes de dichos pueblos “[t]engan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los

⁶² Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.177.

⁶³ Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales. 17 Abril 2007.CCPR/C/CHL/CO/5. Párr. 19 letra C.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 205.

riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria”⁶⁵.

Estos estudios deben realizarse con anterioridad a la aprobación de la actividad o proyecto y sujetarse a los estándares y buenas prácticas que rigen al respecto, incluido el de respetar la cultura y tradiciones de los pueblos concernidos. En definitiva se trata por medio de estos instrumentos de garantizar la efectiva capacidad de decisión del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de autorizaciones de proyectos de inversión y desarrollo⁶⁶.

Al referirse a los contenidos de estos estudios, la Corte IDH ha especificado que ellos deben ser de carácter social y ambiental, por lo tanto, no limitarse a la protección del patrimonio ambiental, deben considerar una dimensión y cultural. “La inclusión de estos dos elementos en su caracterización revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte deben ir más allá de los estudios de impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”⁶⁷.

Además dichos estudios se deben extender al “[i]mpacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”⁶⁸. El ex Relator Rodolfo Stavenhagen refirió a este respecto que con posterioridad a las autorizaciones o permisos ambientales se deben generar mecanismos que permitan evaluar los resultados previstos y monitorear de manera regular los efectos socio económicos, culturales, identitarios y de bienestar de las comunidades y pueblos concernidos y/o afectados con el proyecto⁶⁹.

Dado que el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tiene incidencia directa en la regulación de los mecanismos de participación y consulta respecto de la evaluación ambiental de proyectos y actividades que eventualmente impacten tierras, territorios y recursos naturales indígenas, corresponde que sea sometido a consulta previa en los términos estipulados en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. Dicho aserto se ve reforzado desde que la reforma a la Ley N° 19.300 introdujo un inciso segundo al artículo 4 que mandata que “[l]os 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

⁶⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 205.

⁶⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

⁶⁷ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.. 254.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

⁶⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr. 74.

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”.

Por la importancia e implicancia que entraña el Reglamento en el ejercicio y goce de los derechos que les asisten a los pueblos indígenas, debe ser sometido a consulta bajo los estándares y principios estatuidos en el derecho internacional, de lo contrario el Estado dejaría de cumplir con sus obligaciones en esta materia incurriendo en responsabilidad internacional.

IV.- El reglamento como instrumento jurídico idóneo para establecer el mecanismo de consulta.

La vigencia efectiva de los tratados de derechos humanos incluye la obligación positiva del Estado parte de dicho instrumento, de adecuar su ordenamiento interno e incorporar de manera armónica en su legislación, incluidas aquellas normas dictadas con motivo del ejercicio de la potestad reglamentaria, todos los compromisos, derechos y deberes, asumidos internacionalmente y consustanciales al referido tratado. En este sentido se ha señalado en relación al Convenio 169 que los Estados que ratifiquen dicho instrumento “[d]eben garantizar su incorporación transversal a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas; y al mismo tiempo deben adoptar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación, teniendo en cuenta que la falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169”⁷⁰.

La Comisión de Expertos de la OIT ha logrado identificar dos grandes ámbitos de dificultades en la implementación adecuada de la consulta previa. En primer orden, lograr la realización de procedimientos apropiados consistentes con los principios y definiciones contenidas en el Convenio 169 y otros instrumentos pertinentes. En segundo lugar, diseñar herramientas normativas adecuadas que regulen los mecanismos a través de los cuales se llevarán a cabo dichos procesos de consulta⁷¹.

Si bien este deber procede con independencia de que existan o no desarrollos normativos internos que la contemplen, existe un cierto consenso en que los ordenamientos de los países se deben dotar de mecanismos que permitan llevar a cabo la consulta previa. Así por ejemplo, la CEACR, en la Observación General sobre el Convenio 169 (2009), sostuvo que “[c]onsidera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan, de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las

⁷⁰ Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, op. cit, párr. 203.

⁷¹ CEACR, Observación General sobre el Convenio 169 (2009). Consultado en normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Nuñez; Manuel (Director). Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte, 2010. Párr. de pág., n° 147, pág. 444. De esta manera, ha dicho el CEACR, “[l]a forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas- de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes”.

instituciones representativas de esos pueblos”⁷². A la misma conclusión llegó la Comisión IDH quien sostuvo que “[e]l cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber”⁷³. Más aun, dijo la Comisión IDH, “[l]a ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta”⁷⁴.

En el mismo sentido, el Comité contra la Discriminación Racial recomendó que se estatuya de manera concertada con los pueblos indígenas “[u]na legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio No 169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes del CEACR de la OIT, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado de las comunidades afectadas (...)”⁷⁵.

Por su parte, el Relator Especial en sus comentarios sobre la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta y participación indígena, ha afirmado que dicha iniciativa “[r]epresenta un importante paso hacia la necesaria regulación interna del deber de consulta”⁷⁶.

El INDH (2010) en este mismo sentido, ha sostenido que todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación del Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo referido a la institucionalización del derecho a la consulta previa y la participación, de acuerdo a los estándares que el derecho internacional de los derechos humanos establece sobre esta materia⁷⁷. El año 2011 reiteró que el “[d]eber estatal de consulta previa debe ser adecuadamente regulado de conformidad a los principios establecidos por el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, mediante un mecanismo institucionalizado, a fin de garantizar los principios de legalidad y certeza jurídica. Sin embargo, la ausencia de dicha regulación no exonera al Estado del deber de realizar la consulta previa sobre aquellas medidas de origen administrativo o legal que sean

⁷² CEACR, Observación General sobre el Convenio 169 (2009). Consultado en normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Nuñez; Manuel (Director). Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte, 2010. Píe de pág., n° 147, pág. 444.

⁷³ Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09.30 diciembre 2009. Párr. 298.

⁷⁴ Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09.30 diciembre 2009. Párr. 299.

⁷⁵ CERD. Colombia: CERD/C/COL/CO/14, 28 de agosto de 2009. párr. 20.

⁷⁶ Anaya, James. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Noviembre de 2012. Párr. 5.

⁷⁷ INDH. Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile. 2010. pág. 165.

susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas”⁷⁸. En conclusión, corresponde al Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, no obstante la plena ejecutabilidad y vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.

Desde este punto de vista y atendida consideración de tratarse la consulta y participación indígena de un derecho fundamental⁷⁹, la potestad reglamentaria al estar llamada exclusivamente a “[r]egular materias que no sean de dominio legal, a facilitar una adecuada aplicación de las leyes y al mejor y más eficaz cumplimiento de las funciones de gobierno y administración que corresponde a tales autoridades”⁸⁰, supone un espacio normativo reducido o limitado para la regulación de un deber como el que se analiza, más cuando tratándose de la potestad reglamentaria de ejecución, la ley a ser regulada (en este caso la Ley N° 19.300) no recepciona o desarrolla los principios, deberes y derechos llamados a ser reglamentados.

La potestad reglamentaria de ejecución se limita, como en el caso de la propuesta del reglamento SEIA, únicamente a complementar las disposiciones legales que faciliten su aplicación o la ejecución de tales disposiciones⁸¹. De esta manera no se le puede exigir al reglamento de ejecución, y por lo tanto, al ejercicio de la potestad reglamentaria, ir más allá de la ley, en la consagración y garantía de derechos. Ello es así por cuanto como fuentes formales de derecho en el ordenamiento jurídico nacional, dichos reglamentos de ejecución se encuentran subordinados (procedimentalmente y en su contenido sustancial) a la Constitución Política y a la ley a ser regulada⁸².

Por lo tanto, y en una primera aproximación al análisis de la propuesta de Reglamento es dable sostener que dicho instrumento no pareciera ser suficiente para establecer el deber de consulta en materia de gestión ambiental, más cuando la ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, en su artículo 4° inc. 2° de manera genérica sólo dispone que “[l]os

⁷⁸ INDH. Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile. 2011. Pág. 38.

⁷⁹ A este respecto la Corte Suprema ha señalado que “[c]onviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que

les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. 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 medio ambiente de los pueblos interesados” Cfr. Corte Suprema Rol 258-2011. 13 de julio de 2011. Considerando Quinto.

⁸⁰ Squella, Agustín. Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2012. Pág. 348.

⁸¹ Squella, Agustín. Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2012. Pág. 348.

⁸² Squella, Agustín. Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2012. Pág.349. El profesor Squella señala que “[e]s por esto que a la Contraloría corresponde ejercer el control de legalidad de los actos de administración, debiendo representar al Presidente la ilegalidad de que puedan adolecer los decretos y resoluciones que se le remiten para el trámite de toma de razón”.

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”⁸³.

Hay razones para sostener entonces que la consulta previa requiere, si se pretende insertarla dentro de un determinado procedimiento establecido por ley (como sería el caso de la dictación de la resolución de calificación ambiental), incluirla y desarrollarla dentro de ese cuerpo legal y no dejarla entregada exclusivamente a un reglamento.

El IDNH ha sostenido que “[t]oda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento”⁸⁴. Ello por lo demás es consistente con las obligaciones de adecuar la legislación interna a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

V.- Sobre el proceso de consulta del Reglamento SEIA.

Como fue señalado al INDH⁸⁵, este Reglamento hizo parte de los contenidos a ser considerados en la denominada “Consulta sobre Institucionalidad Indígena” iniciada en el mes de marzo del año 2011 y que involucraba a los Ministerios Secretaría General de la Presidencia, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -CONADI- y el Ministerio de Planificación -hoy Ministerio de Desarrollo Social-, que consideraba someter a consulta previa los siguientes temas: 1) ley sobre Nueva Institucionalidad Indígena; 2) Reconocimiento Constitucional, 3) Procedimiento de Consulta y Participación y 4) nuevo Reglamento SEIA⁸⁶. Este proceso incluía siete etapas, cumpliéndose tan sólo con las dos primeras, estas es difusión e información (125 talleres de información con un total de 5.500 asistentes aproximadamente).

Ante esta iniciativa, en el mes de mayo de 2011, organizaciones, comunidades, autoridades ancestrales y dirigentes de los pueblos indígenas⁸⁷ solicitaron que se suspendiera el proceso de consulta, en consideración a que no se estaban respetando los estándares internacionales y obligaciones del Estado en esta materia. El Senado de la República⁸⁸ y la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados⁸⁹ acogieron las inquietudes y solicitaron al Poder Ejecutivo la inmediata suspensión de este proceso, y que las futuras consultas se

⁸³ Introducido por la Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010.

⁸⁴ INDH. Informe Anual sobre la situación nacional de los derechos humanos. 2011. Pág. 73.

⁸⁵ Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental. Of. DJ N° 111764 de 04 de octubre de 2011 y Of. DJN° 122043

⁸⁶ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 1.2 pág. 17.

⁸⁷ “Encuentro de Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas 2011”, realizado los días 2 y 3 Mayo, en Santiago.

⁸⁸ Oficio N° 1026/SEC/11. Boletín N° S 1.391-12, 3 de agosto de 2011.

⁸⁹ Oficios 300-43-2011 y 301-43-2011 de 16 de junio de 2011.

realicen con estricta sujeción al Convenio N° 169⁹⁰. El primero de septiembre de 2011 el Poder Ejecutivo informó la suspensión del proceso de consulta para concentrar sus esfuerzos en la definición del marco regulatorio de la misma.

De acuerdo a lo informado por el Servicio de Evaluación Ambiental -SEA-, “[e]l proceso de consulta indígena (...), fue suspendida parcialmente, sin perjuicio que se dejaba subsistente la consulta del Reglamento del SEIA en virtud de lo acordado entre el Director Ejecutivo del SEA y los consejeros nacionales de la CONADI integrantes de la Comisión de Consulta. En dicha oportunidad (septiembre de 2011) la Comisión de Consulta acordó que la consulta de la propuesta del nuevo Reglamento del SEIA continuara su curso de forma independiente a la Consulta sobre Institucionalidad Indígena, con el compromiso asumido por parte del Gobierno de que una vez que se determine el mecanismo de consulta que reemplazará al DS N° 124 de MIDEPLAN, se estudiara la alternativa más factible en orden a definir los siguiente:

- a) Incorporación del nuevo mecanismo al Reglamento SEIA; o
- b) Afinación del mecanismo de consulta establecido en el Reglamento del SEIA mediante una nueva consulta de acuerdo al Reglamento que reemplace el DS N° 124 de MIDEPLAN⁹¹.

Asumido el compromiso antes descrito, el Servicio reanudó su propio proceso de consulta⁹² y focalizó sus esfuerzos “[e]n interactuar con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que, de acuerdo a nuestra institucionalidad vigente, radica en el Consejo Nacional de la CONADI y en especial con la Comisión de Consulta creada al alero de dicho Consejo”⁹³. Posterior al acuerdo logrado con la Comisión Consulta de CONADI el Director Ejecutivo del SEA “instruyó a sus Direcciones Regionales para que personalmente o por intermedio de sus unidades PAC, convocaran a las instituciones representativas de los pueblos indígenas de sus respectivas regiones, a objeto de realizar reuniones con las mismas, las que tenían por objeto i) informar sobre la continuidad del proceso de consulta, (ii) volver a informar sobre su contenido y alcance, (iii) iniciar un proceso de diálogo sobre

⁹⁰ En la medida que parte del proceso de consulta era financiada a través de un proyecto que cofinanciaba la Unión Europea, los cuestionamientos formulados por las organizaciones indígenas y el Parlamento, implicaron que la UE congelara los aportes destinados a esta iniciativa. Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág.31.

⁹¹ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para le Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 1.2 pág. 18.

⁹² Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para le Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 1.2 pág. 18.

⁹³ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para le Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 2 e) pág. 21.

las mismas, (iv) recoger sus principales aprensiones y (v) avanzar, en el marco de la legalidad vigente, en la búsqueda de acuerdos sobre su contenido”⁹⁴.

Las etapas que consideró este proceso (incluyendo la etapa de información adelantada en el frustrado intento de consulta sobre institucionalidad indígena) consideró:

1° Etapa de presentación, Mejora y Validación del Plan de Consulta realizada por el Servicio: Etapa de carácter previa a la consulta, realizada durante el mes de abril de 2011 consistente en seis reuniones llevadas a cabo por el Servicio con representantes de los pueblos indígenas, Organismos No Gubernamentales, el INDH, académicos y profesiones vinculados a la evaluación de impacto ambiental. El objetivo fue presentar los contenidos de lo que sería la “consulta del Reglamento del SEIA”⁹⁵.

2.- Etapa de Información y Difusión realizada por el Servicio en conjunto con MINSEGPRES, MIDEPLAN y CONADI. (Corresponde a una etapa del proceso de consulta sobre institucionalidad indígena)

3.- Etapa de Diálogo y Recepción de Observaciones y Propuestas realizadas por el Servicio

Esta etapa consideró 70 actividades que convocaron a 513 personas, las que tenían el carácter de representantes de organizaciones indígenas y no indígenas (...) y concluye a fines del mes de diciembre de 2011, pero en la práctica se recibieron observaciones hasta mediados del mes de enero de 2012⁹⁶.

Se recibieron 342 observaciones. De acuerdo al Servicio, 232 de estas no se relacionan con lo consultado, esto es el 67,8% de las observaciones recibidas⁹⁷. De las consideradas pertinentes, 98 observaciones solicitaron modificación reglamentaria. De ellas se acogieron 90 y no fueron acogidas 8, es decir se acogió el 91% de las solicitudes de modificación de las consideradas⁹⁸.

4.- Etapa de sistematización y Ponderación Se realizó entre los meses de noviembre a diciembre de 2012.

⁹⁴ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 2 h) pág. 23

⁹⁵ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Pág. 25.

⁹⁶ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 2 h) pág. 23

⁹⁷ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Pág. 37.

⁹⁸ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Pág. 38.

5.- Etapa de comunicación de resultados del proceso Agosto de 2012.

El 28 de mayo de 2012, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, órgano presidido por la Ministra del Medio Ambiente e integrado por los titulares de Agricultura, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transporte y Telecomunicaciones, Minería y Desarrollo Social, acordó pronunciarse favorablemente respecto de la dictación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁹⁹. Ante esta situación, la Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y del Programa de Derechos Indígenas de la Fundación Chile 21 interpusieron un escrito de “se tenga presente”¹⁰⁰ ante la Contraloría General de la República, que deberá tomar razón del Decreto Supremo que fija y promulga dicho reglamento, fundado en que éste “[a]dolece de vicios que lo hacen insalvablemente nulo por haber omitido requisitos esenciales establecidos en la Constitución Política de la República de Chile y por normas internacionales de derechos humanos establecidos en el Convenio N° 169 (...)”.

Como se puede apreciar, el Servicio ha desplegado esfuerzos en orden a realizar un proceso de diálogo que considere a los pueblos indígenas llevando a cabo actividades e iniciativas tendientes a lograr el respeto por los estándares internacionales que rigen la consulta previa.

El INDH valora los esfuerzos desplegados por la autoridad ambiental. Consta que se trata de una experiencia nueva para dicho Servicio que le impone nuevos desafíos. Al mismo tiempo, expresa su preocupación por el limitado alcance que ella tuvo considerando la importancia que este tema entraña para los pueblos interesados, y reitera su recomendación contenida en el Informe Anual (2012) en orden a que dicho Reglamento se someta a un proceso de consulta efectivo acorde a los estándares internacionales en la materia.

El limitado alcance de la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisión, representa un déficit del que está consciente el propio Servicio al asumir el compromiso de dejar sujeta la reglamentación propuesta a lo que se estipule en el nuevo reglamento de consulta que adelanta el gobierno en reemplazo del DS 124 de Mideplan o bien a someter nuevamente a consulta el Reglamento de conformidad a la normativa que reemplace al mencionado DS 124. De esta manera el procedimiento seguido y los resultados obtenidos están signados, por propia definición y compromiso de la autoridad ambiental, a una condición precaria y eventualmente transitoria.

VI.- Comentarios al contenido de la consulta prevista en el Reglamento propuesto.

La autoridad ambiental delimita el proceso descrito a los artículos que se refieren exclusivamente a temas indígenas dentro de la propuesta de Reglamento; a saber, los artículos 7 sobre ‘criterio de reasentamiento de comunidades humanas y alternación significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos’; art. 8 sobre ‘criterio

⁹⁹ Acuerdo N° 8/2012 en el que se pronuncia sobre el Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Al momento de redacción del presente documento el Reglamento SEIA se encuentra en el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República (25/04/2013).

¹⁰⁰ Escrito que expone a la autoridad contralora los déficits que a juicio de los autores del mismo representa la decisión adoptada por el órgano de la administración pública.

de localización y valor ambiental del territorio'; art. 10 sobre 'criterio de alteración del patrimonio cultural'; art. 85 sobre 'consulta indígena' y art. 86 sobre 'reunión con grupos humanos indígenas'. Adicionalmente se sometió a consideración de los partícipes de este proceso, la Guía de Procedimiento de Participación Ciudadana, en la parte referida a los pueblos indígenas y la Guía de Apoyo para la Evaluación de Efectos Significativos sobre Pueblos Originarios en el SEIA¹⁰¹.

Una primera observación general es la evidente tendencia a evitar usar el término 'pueblos indígenas'. Los casos de afectación e hipótesis de aplicación de la consulta prevista en el instrumento propuesto se refieren a 'comunidades humanas' o 'grupos humanos indígenas'. A diferencia de lo sostenido en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley. N° 19.300 que refiere a la obligación del Estado, en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, a propender a la conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los *pueblos indígenas*, el Reglamento propuesto privilegia el uso de "grupos humanos indígenas" (Cfr. art 6 inc. final; art. 7 inc. 3; inc. final; art. 9 inc. final; Art. 10 literal c); art. 18 literal e n°10 final).

Estos 'grupos humanos', dice el art. 7 inc. 2° de la propuesta (referido al criterio de reasentamiento y alteración significativa de los sistemas de vida), lo constituyen "[t]odo conjunto de personas que comparte un territorio, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo. Estos grupos humanos podrán pertenecer a los pueblos indígenas reconocidos por ley".

En esta redacción hay una impropiedad al remitirse a los "pueblos indígenas reconocidos por ley", puesto que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un reconocimiento de 'pueblos indígenas'. El Estado se ha limitado mediante la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, a reconocer como 'principales etnias indígenas' a los mapuche, aimara, rapa nui, atacameño, quechua, colla, diaguita, kawashkar y yagán, más no ha reconocido a pueblos. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente del derecho convencional indígena, la acepción "pueblos" es la utilizada por los instrumentos internacionales y está dotada de un contenido normativo preciso en el que descansan principios y derechos aplicables precisamente a dichos sujetos titulares de derechos¹⁰².

¹⁰¹ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 1.2 pág. 17.

¹⁰² El artículo 1° del Convenio 169 si bien no define los que son los pueblos indígenas, sino que establece criterios para describirlos (Cfr. OIT. Consultado en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>) señala que son destinatarios del mismo "a) los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas". Agrega la norma "la conciencia de su identidad indígena o tribal

Como lo señalamos en el Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos 2012 este fue un tema central en el debate legislativo y “[s]e dio tempranamente al discutirse el proyecto de ley que finalmente culminó con la dictación de la Ley N° 19.253 (Ley Indígena). En ese entonces, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, acogiendo la postura del ex ministro de la dictadura y miembro de la Junta Militar, senador designado (1990-1998) Santiago Sinclair Oyaneder¹⁰³, reemplazó el término pueblo del proyecto original por el de etnias, por estimar que éste último término recogía “cabalmente las ideas que fundamentan la iniciativa”¹⁰⁴. Las mismas resistencias se expresaron a propósito de la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Una segunda reflexión en relación a la propuesta de Reglamento es que para la autoridad ambiental la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT “sólo aplica en los Estudios de Impacto Ambiental”¹⁰⁵. El fundamento en que descansa esta opinión es la interpretación que ofrece la autoridad ambiental sobre el concepto de ‘afectación directa’¹⁰⁶. Para el Servicio sólo hay susceptibilidad de afectación directa hacia los pueblos indígenas en el evento en que se verifiquen las hipótesis de proyectos de inversión y desarrollo que importen: 1.- reasentamiento de comunidades humanas; 2.- alternación significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; 3 localización en o próxima en territorios indígenas y valor ambiental del territorio; y 4 cuando dicho proyecto represente una alteración del patrimonio cultural. Los proyectos que deban ingresar al Sistema vía Declaración de Impacto Ambiental, son sustraídos de la obligación de someterlo a consulta previa.

Adicionalmente, si se trata de un proyecto de inversión que debiendo ingresar como un Estudio de Evaluación, pero por una causal diversa a las consideradas para que proceda la consulta indígena, recibe aplicación el art. 86 de la propuesta (Reunión con grupos humanos indígenas). De acuerdo con este artículo “cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior [hipótesis de reasentamiento, alteración significativa, etc], se emplace en tierras indígenas,

deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. Para concluir que “[l]a utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

¹⁰³ El Senador Sinclair “manifestó su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas al interior del territorio” Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, p. 1317.

¹⁰⁴ Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, p. 1317.

¹⁰⁵ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr. 1.1.2 Pág. 8.

¹⁰⁶ Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios. Ministerio de Medio Ambiente Servicio de Evaluación Ambiental. Año 2012. Párr.1.1.2c). Pág. 10.

áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento [término anticipado del procedimiento]”

El estándar internacional no restringe la consulta sólo a las medidas que importe impactos significativos. El Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas a propósito de los comentarios formulados a la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta y participación indígena, actualmente en discusión, ha formulado idénticas precisiones al referirse precisamente a lo restrictivo que supone limitar dichas consultas a las hipótesis o casos reseñados, sosteniendo que ello podría alentar una interpretación distorsionada de los criterios de consulta¹⁰⁷. Más bien lo que sugiere la normativa internacional aplicable, es que ante proyectos de la naturaleza descrita, corresponde adicionalmente a la consulta la obtención del consentimiento, previo, libre e informado, de los pueblos concernidos, por los impactos adversos que dichos proyectos entrañan¹⁰⁸.

Cabe señalar a este respecto que la evidencia demuestra que una parte significativa de las acciones de tutela de protección de garantías constitucionales que invocan el Convenio 169 de la OIT, versan sobre la diversa interpretación que la autoridad ambiental y/o administrativa hace de los proyectos de inversión en tierras y territorios indígena¹⁰⁹. Se advierte que, precisamente se trata de proyectos que debiendo ingresar como Estudios de Impacto Ambiental, finalmente fueron tramitados en el Sistema de evaluación como Declaraciones de Impacto Ambiental, lo que en no pocos casos significó un pronunciamiento por parte de los Tribunales superiores de justicia en orden a advertir en ello una infracción a garantías constitucionales.

En efecto, y de acuerdo a la información proporcionada por el Director Ejecutivo del SEA, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT hasta agosto de 2012 se han verificado y por lo mismo han sido considerados ocho procesos de participación indígena, en el marco de Estudios de Impacto Ambientales asociados a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas, por reunir las características y encuadrarse en las hipótesis de afectación que recrea el Reglamento propuesto. Se trata de significativas obras extractivas vinculadas a la minería o a la explotación de recursos para la generación energética¹¹⁰.

¹⁰⁷ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 46. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>

¹⁰⁸ Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 46. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>

¹⁰⁹ Se adjunta anexo con fallos del período.

¹¹⁰ Director Ejecutivo Servicio de Evaluación Ambiental. OF DJ N° 122043 de 12 de noviembre de 2012. Se trata de los siguientes proyectos: Proyecto Manganeso Los Pumas, en la Región de Arica y Parinocota;

Sin embargo, como se ha señalado las principales resoluciones judiciales tienen que ver con que los proyectos de inversión e infraestructura son ingresados al sistema de evaluación ambiental vía Declaración de Impacto Ambiental. De acuerdo a la información proporcionada por la Excm. Corte Suprema¹¹¹, sólo entre el mes de enero de 2010 y julio de 2011 quedaron en estado de firmes y ejecutoriadas a nivel nacional 45 sentencias relacionadas con acciones de garantías constitucionales en los que se alegó infracción al Convenio N° 169, dos de los cuales dicen relación con acción de amparo, invocando el art. 10 del Convenio que estipula la pertinencia cultural en la aplicación de sanciones penales y la de preferir tipos de condena distintas del encarcelamiento¹¹².

Las principales alegaciones dicen relación con la transgresión a los art 6.1 y 7 del Convenio, esto es el derecho a consulta y participación (22 fallos), mayoritariamente relacionados con la aprobación de resoluciones ambientales a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. Interesa destacar que los Tribunales superiores en una tendencia creciente han venido revirtiendo la calificación de proyectos vía Declaración señalando lo contrario, esto es, que deben ser tramitados como un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental y adicionalmente bajo los estándares de Convenio 169.

En efecto, en el caso del proyecto “Parque Eólico Chiloé” (marzo de 2012) en que la Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique impugnó la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos que calificó favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental. En dicho fallo, la Corte Suprema resolvió que tal resolución devino en lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley “porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas”¹¹³. Sostuvo igualmente que la consulta indígena no se satisface con la sola transmisión de información a las comunidades y pueblos, discutiendo sobre la posibilidad que los pueblos concernidos puedan influir efectivamente en las decisiones que los afecten, “[c]on el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”¹¹⁴. Al ver el recurso deducido contra el Proyecto de Sondaje Prospección Paguanta (Tarapacá), la Corte Suprema sostuvo, en marzo de de 2012, similares argumentos¹¹⁵.

Exploración Geotérmica Puchuldiza Sur 2, presentado por GGE Chile SpA y Compañía Minera Teck Quebrada Blanca SA. En la Región de Tarapacá; Optimización Proyecto Minero Cerro Casale, presentado por Compañía Minera Casale y Proyecto Minero Volcán, presentado por Andina Minerals Chile Ltda en la Región de Atacama; Instalación Sistema de Alcantarillado Público de Aguas Servidas Localidad de Lican Ray en la Araucanía y finalmente, Central Hidroeléctrica Neltume, presentado por Endesa SA. y Línea de Alta Tensión Neltume Pullinque, presentado por Endesa SA en la Región de Los Ríos.

¹¹¹Oficio Corte Suprema N° 080 de 5 de septiembre de 2011. Sentencias firmes y ejecutoriadas relacionados con la implementación del Convenio N° 169 de la OIT Enero de 2010 y Julio de 2011.

¹¹²Corte de Apelaciones de Iquique que rechaza el Recurso de Amparo ROL 20-2010 de 10 de febrero de 2010, confirmado por la Corte Suprema Rol 1454-2010 el 22 de febrero de 2010. Corte de Apelaciones de Temuco Rol 363-2011 de 2 de mayo de 2011 que rechaza el amparo, sentencia confirmada por la Corte Suprema Rol 4149-2011 de 18 de mayo de 2011.

¹¹³Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Noveno.

¹¹⁴Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Octavo.

¹¹⁵Corte Suprema. Rol N° 11040-2011. 30 marzo de 2012.

En todos estos casos el titular del proyecto de inversión estimó y así posteriormente fue declarado por la autoridad ambiental, que se trataba de hipótesis que debían ser tramitadas y resueltas en el marco de una Declaración de Impacto Ambiental sustrayéndolas de las obligaciones más estrictas propias de un Estudio de Impacto Ambiental. Los tribunales superiores de justicia han venido señalando que dichos proyectos debieron haberse realizado mediante un Estudio de Impacto Ambiental “que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla (...)”¹¹⁶.

El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169, en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia.

Un tercer aspecto de carácter general es la constatación que una parte significativa de los proyectos de inversión dice relación con recursos de propiedad del Estado y respecto de los cuales este ha otorgado o debe otorgar una concesión de exploración o explotación (minera, agua o geotermia) o una autorización de explotación o exploración. Respecto de estos recursos naturales el Convenio reclama una obligación reforzada de consulta a los pueblos indígenas, no sólo respecto del acto de concesión o constitución de derechos, lo que escapa de la regulación medio ambiental y hace parte de la respectiva legislación sectorial, que cómo se ha visto carece de procedimientos de consulta previa, sino de la autorización del proyecto de exploración o explotación, que sí cae dentro del acto de calificación ambiental. El artículo 15.2 del Convenio dispone que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que pueda sufrir como resultado de esas actividades”.

La CEACR señala que el párrafo segundo del artículo 15 del Convenio 169 reconoce el derecho de propiedad que el Estado se reserva para con determinados recursos naturales, no obstante este reconocimiento, “se establece la obligación a cargo del Estado de consultar con los pueblos indígenas que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración o explotación de los recursos del subsuelo ubicados en tierras indígenas. Es decir, el Convenio contiene disposiciones particulares para los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblo indígenas que sean de propiedad del Estado (...)”¹¹⁷ La resolución

¹¹⁶ Ibídem, considerando décimo.

¹¹⁷ CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, México (2005)). Consultado en normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Nuñez; Manuel (Director). Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte, 2010. Píe de pág., n° 170, pág. 486.

de calificación ambiental recae precisamente en la autorización de actividades de exploración o explotación.

En lo que interesa, respecto a las autorizaciones¹¹⁸ de actividades de exploración o explotación de recursos de propiedad del Estado, nada de lo señalado está reflejado en la propuesta de Reglamento. Esto es de particular importancia al tratar de determinar cuándo una medida, en este caso un proyecto de inversión, es susceptible de afectar directamente a un pueblo. Como se advierte, tratándose de recursos pertenecientes al Estado, dicha decisión no debe quedar nunca entregada unilateralmente a la autoridad administrativa, pues corresponde en ese evento, el establecer un procedimiento de consulta con los pueblos concernidos e interesados a los fines de determinar si hay intereses que eventualmente se vean alcanzados por la actividad de prospección o explotación.

VII.- Procedimiento de consulta propuesto

Si el proyecto cae dentro de las hipótesis señaladas procede la aplicación a lo dispuesto en el artículo 85 el que señala que “[e]n la medida que se afecte a uno o más grupos humanos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4° de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los grupos humanos indígenas de manera exhaustiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. En aquellos casos que lo amerite, la población indígena deberá justificar los hechos en los que se fundamente su conciencia de identidad indígena”.

La propuesta recoge esencialmente el contenido del art 6 del Convenio 169 de la OIT en lo que constituyen los principios de la consulta previa. Sin embargo, aparte de esta declaración no se divisa en la propuesta de Reglamento ninguna regulación especial del procedimiento que lo distinga del proceso de consulta ciudadano ordinario. Esto significa que la oportunidad, plazos, para la entrega de información, o de propuestas de los pueblos indígenas, mecanismos de ponderación de las mismas, y recursos de impugnación, etc, se rigen en lo pertinente por las normas de participación ciudadana contempladas en los instrumentos de gestión ambiental. No hay en este sentido mecanismos que garanticen el dialogo intercultural y las posibilidades de incidencia de los pueblos indígenas en la aprobación de proyectos de inversión en sus tierras y territorios. De esta manera la participación ciudadana y la indígena no se distinguen, en circunstancias que como hemos señalado debe tratarse de asuntos distintos.

¹¹⁸ En particular cabe señalar que si bien las concesiones se encuentran reguladas por diversas legislaciones, las autorizaciones para la explotación o exploración si deben hacer parte del Reglamento SEIA

VII.- Conclusiones

1.- La consulta previa no debiera estar entregada exclusivamente a un reglamento de ejecución. La ley expresamente debiera contemplar mecanismos de consulta indígena. Ello es consistente con la obligación de adecuar la legislación interna a los estándares de derechos humanos y específicamente a la de garantizar que la consulta previa se incorpore transversalmente a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Ello adicionalmente requiere revisar y adecuar la legislación sectorial relacionada.

2.-El Reglamento debe someterse a un proceso de consulta indígena que cumpla con los estándares del Convenio 169. Por la importancia e implicancia que entraña el Reglamento en el ejercicio y goce de los derechos que les asisten a los pueblos indígenas, dicho Reglamento debe ser sometido a consulta bajo los estándares y principios estatuidos en el Convenio 169 de la OIT y demás normativa aplicable, de lo contrario el Estado dejaría de cumplir con sus obligaciones en esta materia incurriendo en responsabilidad internacional.

3.- El Reglamento debe reflejar las diferencias entre participación ciudadana y consulta indígena. El mecanismo y los procedimientos contemplados en la propuesta refiere a la participación de la ciudadanía en general, pero no establece un deber de consulta específico a los pueblos indígenas que garantice, la consulta previa incluido el derecho al consentimiento previo, libre e informado en los casos en que corresponda.

4.- El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia.

5.- La propuesta de Reglamento restringe las medidas y las materias a consultar, al limitar la susceptibilidad de afectación directa a ciertas hipótesis. Ello no se condice con las obligaciones a cargo del Estado de someter a consulta previa cualquier medida susceptible de afectar directamente a dichos pueblos.