

**IMPLEMENTACION DEL CONVENIO
169 EN CHILE**

ANTONIA URREJOLA

A. Breve contexto de aprobación del Convenio 169 en el país

- ❖ diciembre **1990**: Ejecutivo envió al Congreso proyecto de acuerdo para ratificar el Convenio 169 de la OIT. Mensaje: Ejecutivo propuso texto de declaración ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara:
 - ❖ el reconocimiento de los derechos contenidos en el Convenio “*no puede implicar el otorgamiento a esos pueblos de la calidad de sujeto de derecho internacional; que el ejercicio de los aludidos derechos no puede constituir privilegios ni afectar los derechos de los demás miembros de la comunidad nacional o la integridad territorial de la República; que, por todo lo anterior, los habilitados para ejercer los mencionados derechos dentro del marco de lo expuesto son sólo los individuos de dichos pueblos y no éstos*”
- ❖ 10 años después (abril **2000**) - 72 votos a favor-Cámara de Diputados aprobó el Convenio en primer trámite constitucional.
- ❖ Comisión de Relaciones Exteriores del Senado: segundo semestre de **2007**, reactivó y fue aprobado por el Senado en marzo del **2008**.

- ❖ **Acuerdo político 2007:** ratificar el Convenio pero con una declaración, de parte del Gobierno, que acompañaría la ratificación. *"El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional, en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes."*
- ❖ Art. 35: *"La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales."*
- ❖ Comisión del Senado señaló que la declaración pretendía *"excluir otros conceptos que pueden resultar equívocos como "recomendaciones", "instrumentos internacionales", "laudos, costumbres y acuerdos internacionales" de manera de limitar su aplicabilidad sólo a aquellos instrumentos en que existe un claro e inequívoco consentimiento del Estado, como son los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes"*. Restringe aplicación de otros instrumentos como Declaración
- ❖ lo que debía ser considerado como una buena noticia para el movimiento indígena y de ddhh en Chile (la ratificación del Convenio 169 de la OIT)- terminara siendo un conflicto con el Gobierno por la declaración interpretativa.

- ❖ Gobierno solicitó opinión de la OIT respecto significado del artículo 35:
- ❖ *el artículo reconoce que el Convenio tiene el objetivo de establecer normas mínimas que no deberían perjudicar el goce de normas más favorables que puedan existir a nivel nacional. En caso de que cualquier derecho o ventaja más favorable haya sido garantizado por el derecho o la costumbre del Estado miembro en razón de la ratificación-por parte de dicho Estado- de cualquier otro instrumento internacional en conformidad con el derecho internacional de los tratados, dicho derecho o ventaja debe, en virtud del artículo 35, seguir siendo respetado plenamente en el Estado miembro ya que no puede ser menoscabado por la aplicación de cualquier disposición del Convenio 169.*
- ❖ el gobierno resolvió ratificar el Convenio 169 sin la referida declaración interpretativa

- ❖ **Uno de los problemas para la tramitación Utilización concepto “*pueblos indígenas*”:** Del concepto se desprenden tres cuestiones: el principio de autodeterminación, los derechos colectivos, la noción de territorio,
- ❖ debate ley indígena, ratificación del Convenio 169 y el reconocimiento constitucional. resistencia clase política el uso del término “*pueblos*”: temores a una eventual afectación a la naturaleza indivisible y unitaria del Estado chileno y su relación con el derecho a la autodeterminación
- ❖ Mensaje primer proyecto de reforma constitucional “*la expresión ‘pueblos’ no se utilizaba en el sentido de ‘titular’ de la soberanía nacional o de su ejercicio, que le asignan el derecho político y el derecho internacional’*”.
- ❖ Ley Indígena de 1993: habla de etnias en lugar de pueblos y de tierras en lugar de territorios.
- ❖ Tramitación Convenio 169: texto de declaración ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara
- ❖ Tribunal Constitucional: concepto de “*pueblos indígenas*” corresponde a “*un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.*” Sentencia del 4 de agosto de 2000. Rol 309, considerando 44

- ❖ julio del 2000 requerimiento parlamentarios derecha, solicitando se declara la inconstitucionalidad del Convenio por normas incompatibles con la Constitución Política (por ejemplo los artículo 14 y 15 del Convenio)
- ❖ TC rechazó el requerimiento. Distinción entre disposiciones:
 - ❖ programáticas o non self executing: *aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno...* Según el Tribunal, las normas programáticas no pueden ser inconstitucionales, porque no son normas vigentes ni lo serán por obra del tratado. Sólo cabría pronunciarse respecto de ellas cuando se implementen mediante la legislación futura.
 - ❖ autoejecutables o self executing : *son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno....entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.* Por ejemplo, normas sobre consulta y participación, entran en vigencia sin necesidad de una ley o reglamento que las regule o implemente.

B. Implementación legal del Convenio 169 en Chile

No se ha hecho una implementación del Convenio 169 sino de una parte del Convenio: el derecho a la consulta.

- ❖ Tres hitos importantes:
 - ❖ dictación del DS 124 de MIDEPLAN;
 - ❖ el proceso de consulta sobre la consulta y el DS 66
 - ❖ la modificación al reglamento del SEIA y el DS 40

- ❖ **1. El DS 124 de MIDEPLAN (2009) que Reglamenta el art 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas**

- ❖ objeto establecer un mecanismo transitorio mientras se realizaba un proceso a nivel nacional que permitiera la dictación de un reglamento definitivo de consulta y participación.

- ❖ fue ampliamente rechazado por organizaciones indígenas, agrupaciones de derechos humanos, el INDH y la OIT.:
- ❖ al ser una medida administrativa que afectaba directamente a los pueblos indígenas, debió ser consultado.
- ❖ restringía ámbito de aplicación de la consulta:
 - ❖ texto deja a la decisión de los órganos administrativos la pertinencia de iniciar o no un proceso de consulta;
 - ❖ Se excluyó Contraloría General de la República, Banco Central, municipalidades y empresas públicas creadas por ley.
 - ❖ se limita la consulta a casos que digan relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena o medidas que afectan a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones u organizaciones indígenas, etc.

2. La Consulta sobre la Consulta y el DS 66

- ❖ gobierno de Sebastián Piñera se comprometió a derogar el decreto 124.
- ❖ “Consulta sobre Institucionalidad Indígena”: (1) propuesta de nueva institucionalidad indígena que reemplazará a CONADI-; 2) reconocimiento constitucional; 3) consulta sobre la propuesta del nuevo Reglamento SEIA; y 4) regulación normativa del procedimiento de consulta

- ❖ numerosas organizaciones indígenas plantearon su rechazo al proceso. acogidos por el Senado y por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.
 - ❖ Gobierno suspendió el proceso, a excepción del referido al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA,)
- ❖ agosto del 2012 el Poder Ejecutivo presentó al Consejo de CONADI Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena
- ❖ Relator Especial propuesta gubernamental era un avance pero no satisfacía los estándares internacionales en varios aspectos importantes y que era *ineludible realizar ajustes y modificaciones al texto y avanzar en un proceso de dialogo y concertación con los pueblos indígenas de Chile del modo más amplio e inclusivo para la elaboración del texto final del Reglamento de Normativa de Consulta y del instrumento conexo de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.*
- ❖ Comisión de Consulta del Consejo de la CONADI acordó constituir una comisión ampliada que incorporara a otras organizaciones indígenas del país. Dic 2012 realizó el denominado “Gran Encuentro de Pueblos Indígenas”, el que reunió a 250 representantes indígenas
 - ❖ el encuentro fue cuestionado por muchos sectores indígenas: un grupo importante no participó desde el comienzo, otros se restaron durante el proceso.
- ❖ Gobierno con aquellas organizaciones y representantes indígenas que se mantuvieron, acordaron establecer una Mesa de Consenso. que trabajó durante 4 meses.

❖ **La Mesa de Consenso:**

- ❖ se realizaron 8 jornadas de diálogo (23 sesiones). participaron 40 delegados indígenas de los 9 pueblos, representantes de gobierno y observación Instituto Nacional de Derechos Humanos y del Alto Comisionado de la ONU.
- ❖ se presentaron 11 contrapropuestas indígenas
- ❖ se logró acuerdo en relación a 17 artículos. Sin embargo, no se logró acuerdo en tres temas fundamentales: el concepto de afectación directa; las medidas a ser consultadas y la consulta en relación a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas.

- ❖ Al terminar el proceso, integrantes indígenas de la mesa de Consenso, resuelven presentar una Reclamación en contra del Estado de Chile ante la OIT:
 - ❖ *considera que el gobierno no da garantía de una debida aplicación del Convenio 169 en lo que respecta a la normativa que regula el derecho a la consulta..*
 - ❖ *aún en presencia de un disenso entre Estado y pueblos indígenas, el primero siempre estará en la obligación de respetar y dar garantía a sus obligaciones internacionales. Anaya: con o sin el consentimiento de la parte indígena, el Estado tiene la obligación de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales*
 - ❖ Precisamente esto es lo que no cumple el gobierno chileno con la normativa impugnada del DS 66.
- ❖ ciertos preceptos representan un cambio unilateral de artículos consensuados en la Mesa de Consenso, y que comprometen las acciones que den plena manifestación de un diálogo de buena fe. Ejemplo: la eliminación de la redacción consensuada de la solicitud de procedencia de un proceso de consulta por solicitud de un Consejero Nacional CONADI, reemplazándolo por el acuerdo del Consejo en su totalidad (artículo 13).

Principales aspectos del proceso y contenido del DS No 66 :

- ❖ proceso de diálogo genuino:
- ❖ El tema de la representatividad:
 - ❖ una parte de las organizaciones indígenas se restaron desde el comienzo (Autodeterminación Mapuche, las Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados, y la Alianza Territorial Mapuche): consideraban que no estaban las condiciones :
 - ❖ el decreto 124 seguía en vigencia
 - ❖ la normativa de consulta propuesta por el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), no sería parte de éste proceso.
 - ❖ varios dirigentes se retiraron durante el proceso (representantes del Pueblo Rapa Nui, Aymara, Likanantay y Quechua)
 - ❖ de los ocho representantes indígenas electos de la CONADI, seis de ellos terminaron restándose del proceso al poco andar. Final del proceso, sólo 1.
 - ❖ los representantes indígenas en la Mesa de Consenso rechazaron a algunas organizaciones que quisieron participar del proceso (ADI Ercilla)
- ❖ falta de protocolo claro para determinar quiénes podían participar.: faltó una instancia previa para que los propios pueblos pudieran determinar quiénes participarían del proceso, procedimiento para aceptar nuevos integrantes, etc
- ❖ no existió una voz única que representara la posición gubernamental y en varias oportunidades se observaron diferencias entre los representantes de los ministerios sectoriales.

❖ Organos a los que se aplica:

- ❖ obliga a los Ministerios, los Gobiernos Regionales y los servicios públicos.
- ❖ órganos constitucionalmente autónomos no están obligados por él (éstos tendrían la facultad de sujetarse a las disposiciones de reglamento).
- ❖ la propuesta no supera las críticas que se le hicieron al DS 124

❖ Rol de la CONADI y Asistencia Técnica:

- ❖ asimetría en el nivel de conocimiento de la materia entre los representantes gubernamentales y los representantes indígenas.
- ❖ Gobierno entregó medios para que los representantes indígenas contaran con asesores elegidos por ellos mismos.
- ❖ CONADI tendrá la coordinación y ejecución de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado.
- ❖ nada se dice sobre la asistencia técnica que debe proveer el Estado a los pueblos indígenas, precisamente para garantizar la participación informada.

❖ Artículos no consensuados

a) Afectación directa:

- ❖ la afectación directa sólo se da cuando se afecte a los pueblos indígenas en su calidad de tales y no en su calidad de ciudadanos chilenos igual que el resto de la población.

❖ medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas:

- ❖ *impacto significativo y específico* (texto original decía exclusivo) sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales.
- ❖ quedan excluidos los proyectos de ley de alcance general que no sólo afecten los intereses y derechos de los pueblos indígenas: ley de Pesca, Ley Forestal.

- ❖ medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas:
 - ❖ **actos formales** dictados por la Administración del Estado tengan un impacto *significativo y específico (decía antes exclusivo)* sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales.

- ❖ El Convenio exige siempre la consulta cuando sean susceptibles de afectar directamente y, no sólo cuando las medidas surtan un impacto exclusivo, específico o significativo

- ❖ Proyectos de inversión: deben ser consultados en el marco de la nueva normativa ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

3. Reglamento Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

- ❖ DS 124 dispuso que los proyectos de inversión en tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena deben someterse a las normas sobre participación de las “respectivas normativas sectoriales” (art. 5).
- ❖ ley 19.300: proyectos o actividades de inversión o de desarrollo ingresan al sistema de evaluación ambiental como "Declaraciones" o "Estudios" de Impacto Ambiental según la magnitud del impacto que el proyecto sometido pueda causar al medio ambiente: diferencia está en procedimiento de participación ciudadana

❖ **Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental:**

- ❖ Gobierno suspendió el proceso de la Consulta sobre Institucionalidad, siguió el proceso sobre el Reglamento SEIA.
- ❖ Sesión de octubre 2011, Comisión de Consulta de CONADI acordó que el SEA continuara con el proceso de consulta del RSEIA, manifestando que se podrá incorporar un artículo transitorio para que una vez que se cuente con un instrumento definitivo de consulta se pueda evaluar la necesidad de reiterar el proceso de consulta del RSEIA, de modo de revisarlo y cumplir con los estándares internacionales

- ❖ organizaciones indígenas no reconocieron el proceso: se limitó a informar y recoger observaciones. Numerosas reclamaciones en contra. Ningún recurso prosperó. *“las peticiones que se formulan a esta Corte, exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, por lo que no será admitida a tramitación*

El Reglamento aprobado

- ❖ Concepto PPII es más amplio que ley indígena.. Habla de PPII y grupos humanos indígenas
- ❖ sólo hay susceptibilidad de afectación directa hacia los pueblos indígenas- y por lo tanto la consulta es obligatoria- cuando proyectos de inversión y desarrollo que deben ser sometidos a un EIA importen:
 - ❖ reasentamiento de comunidades humanas;
 - ❖ alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
 - ❖ localización en o próxima a pueblos indígenas (area de influencia del proyecto)
 - ❖ Cuando proyecto represente una alteración del patrimonio cultural
- ❖ Proyectos emplazados en tierras indígenas, ADIs o en cercanías a pueblos indígenas el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas:
 - ❖ Debe ser sometido a EIA por causal diversa a las consideradas para que proceda la consulta indígena (período no superior a 30 ds),
 - ❖ DIAs (período no superior a 20 ds)
- ❖ Los demás proyectos que deban ingresar al Sistema vía Declaración de Impacto Ambiental, son sustraídos de la obligación de someterlo a consulta previa o de realizar reuniones con grupos

- ❖ no establece ninguna regulación específica del procedimiento que permita distinguirlo del proceso de consulta ciudadano ordinario (más allá de establecer que SEIA debe diseñar procesos de buena fe, culturalmente apropiados, con instituciones representativas y con la finalidad de llegar a un acuerdo). Es decir, los plazos, la ponderación de las propuestas de los pueblos indígenas, los recursos de impugnación etc, se rigen por las normas de participación ciudadana contempladas en los instrumentos de gestión ambiental.

C. Otras Iniciativas de Consulta realizadas por el Ejecutivo

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 a septiembre del 2013 el Ejecutivo ha desarrollado 39 procesos de consulta, de los cuales 24 han sido finalizados y 15 estarían actualmente en proceso

- ❖ Consulta sobre Participación Política en el Parlamento y Consejos Regionales y Creación Consejo de Pueblos. .
- ❖ Consulta sobre Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas:
- ❖ Consulta Parque Nacional Salar del Huasco:
- ❖ Consulta sobre el proyecto de Reforma Constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández:
- ❖ Consulta para la salida de un Moai a París:
- ❖ Consulta sobre la prórroga de vigencia del Decreto ley 701 de 1974:
- ❖ Consulta sobre programas de estudio de lengua indígena segundo año básico:
- ❖ Consulta sobre XVIII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda:
- ❖ Consulta sobre Educadores Tradicionales:
- ❖ Consulta proyecto Ley de Reforma Forestal:
- ❖ Consulta sobre mejoramiento vial Alto Bío Bío desarrollada durante el 2011



- ❖ Algunas conclusiones generales sobre los procesos de consulta realizados por el Ejecutivo:
 - ❖ ha existido un esfuerzo por implementar el derecho a la consulta en Chile, tanto desde la perspectiva legal como su implementación práctica.
 - ❖ los procesos en su mayoría, no han logrado ser verdaderos espacios de diálogo con miras a buscar un acuerdo o consentimiento sino más bien espacios informativos y de recepción de observaciones:
 - ❖ Ejecutivo no ha tenido la voluntad expresa para alcanzar acuerdos,
 - ❖ en ocasiones, las mismas organizaciones indígenas se han restado de participar en los procesos de consulta por diferencias de fondo con los mecanismos y metodologías de implementación.
 - ❖ una de las principales debilidades es que en la mayoría de los procesos no se respetan los tiempos y los procedimientos internos de las comunidades para la toma de sus decisiones.

- ❖ en todos los procesos la misma autoridad promotora de la medida es la que entrega la información.
- ❖ En la mayoría de los procesos no se ha consultado previamente el proceso de consulta propiamente tal.
- ❖ Tema instituciones representativas de los pueblos indígenas es uno de los temas más complejos: ausencia de bases de datos confiables y consensuados con los Pueblos Indígenas

D. El Convenio 169 y el Poder Legislativo

Tribunal Constitucional:

- ❖ señaló que el artículo 6º del Convenio al ser autoejecutable modifica ciertos cuerpos legales, como por ejemplo la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y por tanto introduce una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley
- ❖ ha insistido sobre la necesidad de legislar para la mejor implementación y regulación de la consulta indígena: *reitera a los órganos colegisladores la necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta” a que se refiere el Convenio N° 169*
- ❖ Se acuerda una Comisión Bicameral en diciembre del 2011 para establecer procesos de consulta respecto de aquellos proyectos de ley que así lo requieran.
- ❖ Comisión se constituyó en enero del 2013, sin embargo aún no cuenta con un mecanismo de consulta formal para los proyectos
- ❖ éste mecanismo es fundamental y urgente: la Reforma Constitucional sobre territorios especiales (indicación sustitutiva a un texto que había sido previamente consultado con los rapa nui). En este caso el Congreso debió haber consultado dicha indicación, ya que el Ejecutivo no lo hizo. Sin embargo, se abstuvo.

- ❖ proyecto de modificación de la Ley General de Pesca
- ❖ Proyecto de ley de carretera eléctrica, ley de TV Digital

E. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- ❖ Tribunal Constitucional el 2000 y el 2008 se pronuncia sobre constitucionalidad del Convenio
- ❖ Requerimiento por inconstitucionalidad de la ley de Pesca (2012)
- ❖ Requerimiento por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 40, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA).
- ❖ Jurisprudencia uniforme en los siguientes aspectos:
 - ❖ la expresión “*pueblos indígenas*”: conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas
 - ❖ la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece.

- ❖ Los tratados internacionales no tienen rango constitucional, aún cuando se regulen en ellos derechos como la consulta indígena. Para el TC se trata de normas infra constitucionales, al igual que las normas con rango o fuerza de ley.
- ❖ Las normas sobre consulta indígena son autoejecutables y tienen la capacidad de modificar normas legales vigentes que regulan el proceso legislativo y los procedimientos administrativos.
- ❖ a pesar de reconocer que la consulta ya se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con la sola entrada en vigencia del Convenio, el TC ha señalado - al pronunciarse sobre la Ley de Pesca- que la auto-ejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo y que, por el contrario, lo impele y que es deber del legislador cumplir esa labor.

- ❖ Requerimientos por inconstitucionalidad Ley de Pesca y del Decreto Supremo N° 40: declaró inadmisibles ambos pero no por razones de fondo sino porque argumentó que carece de atribuciones para pronunciarse sobre el Decreto, ya que se fundaría en vicios de ilegalidad y no de inconstitucionalidad: el Tribunal no puede enjuiciar los eventuales vacíos o insuficiencias que tenga el Reglamento en relación a un tratado, pues aquello estaría fuera de sus atribuciones.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

- ❖ Desde la entrada en vigencia del Convenio, han existido 38 sentencias (aprox) que se han pronunciado sobre la vigencia del mismo y su relación con la legislación nacional.
- ❖ Primero la Corte Suprema señalaba que los estándares sobre consulta previa del Convenio 169 se cumplen cuando los proyectos son evaluados por medio de estudios de impacto ambiental, bajo la legislación ambiental.
- ❖ A partir del 2012: consulta del Convenio 169 tiene estándares distintivos, que no se subsumen en otras reglamentaciones ya existentes en la legislación chilena. Se requiere dar cumplimiento al estándar de la consulta, contemplado en el artículo 6 del Convenio, el que es diferente al existente en las leyes sectoriales.

- ❖ la omisión de consulta importa una vulneración al art.19 num 2 CPE
- ❖ insistirá en la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos.
- ❖ las reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad no constituyen un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir
- ❖ Consulta a Proyectos en Áreas de Desarrollo Indígena deben tener consideración especial: supone un estándar de protección aún más elevado
- ❖ cuando una determinada comunidad no tenga la calidad de “indígena” al momento de la elaboración del EIA, si sus integrantes son indígenas se les debe considerar en el estudio – específicamente en cuanto a su reasentamiento y afectación significativa de sistemas de vida.

Otros casos:

- ❖ Corte Suprema ha esgrimido la no aplicación del Convenio 169 de la OIT por tratarse de tierras que no tienen la calidad de tierra indígena, de conformidad a la ley indígena y por no estar inscritas a favor de los recurrentes
 - ❖ ha interpretado el concepto tierras sólo en el sentido de la ley indígena, olvidando que el convenio establece normas especiales sobre la propiedad y protección de la tierra y sus territorios (art. 14) reconociendo no sólo la propiedad inscrita, sino también aquella que tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna u otra manera los pueblos indígenas.
- ❖ Caso **Comunidad Indígena Chusmiza Usmagama**: Corte Suprema consideró que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino tan solo la falta de formalización en el registro público.
 - ❖ el Convenio No 169 reconoce los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras y que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.
- ❖ **Cementerio Indígena y Cerro Fundición Topáter** de Calama, tradicionalmente usado en ceremonias por los indígenas de Calama.: proyecto inmobiliario perturba el derecho legítimo que tienen los recurrentes *al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y sitios sagrados, garantizado por la Constitución y el Convenio 169*
- ❖ Corte de Apelaciones de Arica noviembre de 2013 que revoca en todas sus partes la calificación ambiental favorable otorgada por la Comisión de Evaluación Ambiental de Arica y Parinacota al **Proyecto de Manganeso Los Pumas** :
 - ❖ se debió haber efectuado la consulta indígena de conformidad con el Convenio 169 de la OIT pues el proyecto afecta la libertad de culto de los pueblos aymaras por la probable afectación de la vertiente de la quebrada del Tarapaca- un lugar conectado con la divinidad andina, dada la cosmovisión aymara, en que el agua se estrecha con la vida, considerada una entidad sagrada .

Jurisprudencia en materia de derecho consuetudinario

- ❖ TC (2000) artículo 9□, número 1□ (En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros):
 - ❖ *es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional. pues CPE ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso (.....)*
 - ❖ *al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile, no ocurre por lo expuesto;*
- ❖ número 2º del artículo 9□ (Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia):
 - ❖ *dicha disposición no se encuentra en contradicción con la Constitución, toda vez que se limita a incorporar a la costumbre como antecedente que el juez podrá tomar en cuenta al aplicar la norma decisoria litis para resolver en la sentencia definitiva acerca de su responsabilidad y eventual sanción.*

- ❖ Defensoría Penal Pública: Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas, aplicación de la costumbre en los términos reconocidos por el Convenio 169
 - ❖ acuerdos reparatorios en casos en que todos los afectados son parte de una misma comunidad.
 - ❖ debate sobre costumbre y tema Violencia IntraFamiliar (VIF)

- ❖ Sentencias afirman explícitamente que el Convenio 169 obliga a considerar los métodos a los que los pueblos indígenas recurren para solucionar sus conflictos.

G. La inversión privada y el Convenio 169 de la OIT

- ❖ Diario Financiero: 7 procesos de consulta indígena para proyectos de inversión que suman casi US\$ 11.500 millones, ha iniciado hasta ahora el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) (nov 2013) (como mecanismos voluntario, sin aplicación del DS 66)

- ❖ Además de estos procesos que ha llevado adelante el SEA, han existido algunos procesos voluntarios desde el propio sector privado:
 - ❖ **Proyecto Arqueros** (Región de Atacama): estudio para evaluar los impactos del proyecto para las comunidades elaborado por una consultora elegida por la propia comunidad; plan fue abordado de común acuerdo, para remediar estos impactos. El acuerdo se materializó finalmente en una firma de convenio con ambas comunidades involucradas.

 - ❖ **Caso Kinross:** proyecto Lobo Marte. Comunidades Colla participaron en el diseño del proyecto.

 - ❖ **Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo Comunidad Indígena Atacameña de Peine, y la empresa Rockwood Litio Limitada** i) creación de una Mesa de Trabajo Permanente. ii) contribución pecuniaria o Aporte de la Empresa a la Comunidad. iii) ejecución de un Plan de Vigilancia Ambiental y Sustentabilidad Territorial que incluirá un "Plan de Alerta Temprana". v) El Establecimiento de un canal de comunicación directo entre el responsable del Área de Sustentabilidad y Relación con la Comunidad de la Empresa, y la directiva de la Comunidad de Peine.

 - ❖ **Prococolo de Cooperación comunidad Colla de Río Jorquera y sus Afluentes y SCM Minera Lumina Copper Chile-Proyecto Caserones:** proceso de consulta voluntario. Que fue previamente acordado con la comunidad respecto a cruce por su territorio de tenido eléctrico para suministrar energía al proyecto Caserones. La comunidad se organizó en tres comisiones técnicas. Tras estudiar el proyecto, la comunidad solicitó el cambio de emplazamiento .

Casos emblemáticos:

❖ Parque Eólico Chiloé:

- ❖ empresa sometió el proyecto bajo la forma de Declaración de Impacto Ambiental, señalando que ellos no harían consulta, aunque si procesos de voluntarios de información, en el entendido que ella era una obligación del Estado y no de la empresa.
- ❖ aprobado el proyecto se presentaron 3 recursos judiciales. Corte Suprema dejó sin efecto la resolución que lo aprobaba, mandando que éste debería someterse a un EIA y regirse por consulta Convenio 169
- ❖ la empresa Ecopower volvió a presentar el proyecto con un Estudio de Impacto Ambiental: mesas de trabajo con Comunidades Indígenas Huilliches del área de influencia directa del proyecto a través de sus autoridades legitimadas, así como con autoridades locales y dirigentes sociales de la comuna de Ancud. Fueron las propias comunidades las que decidieron quiénes acudirían a las reuniones en su representación y además determinaron que dichas reuniones se efectuarían en presencia de la Organización Canelo de Nos, la cual actúa como coordinadora de la instancia y asesora de las Comunidades Indígenas.
- ❖ Una vez que el proyecto se vuelve a presentar, con las modificaciones necesarias acordadas con los afectados, la disposición de las comunidades afectadas es completamente distinta.
- ❖ caso refleja las implicancias que tiene el incumplimiento del deber de consulta no sólo para el Estado sino que también para las empresas (principios rectores y debida diligencia)

❖ El Morro:

- ❖ Recursos judiciales, ordenes de no innovar. Larga historia.
- ❖ Administración sostiene que no obstante los esfuerzos realizados para establecer un diálogo genuino y de buena fe en el caso concreto no se visualizó una actitud dialogante de parte de la comunidad.
- ❖ James Anaya: *"el Estado no debe de insistir en realizar las consultas mientras que la parte indígena mantiene una oposición clara en contra de la consulta con el Estado y del proyecto o medida en cuestión. el Estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso de consulta adecuado de acuerdo a los estándares internacionales y se enfrenta con esta postura definitiva de oposición..."*

- ❖ CONADI : SEIA cumplió. Y toma palabras relator, quien solicitó información sobre el proceso. Clarificó además cuándo Estado cumple su deber de consulta. necesidad de contextualizar las frases citadas por el Director de CONADI en su carta.
- ❖ Comunidad sostiene mala fe. Acciones realizadas por la autoridad en el marco del proceso de consulta no cumplen con los estándares internacionales; falta de voluntad verdadera por parte del Estado para implementar un proceso de diálogo genuino; falta de consideración a los procesos internos de la comunidad para la toma de decisiones, imposición de plazos y procedimientos unilaterales y la existencia de presiones indebidas.
- ❖ Resolución Exenta Octubre del 2013: calificó ambientalmente favorable el proyecto. Recurso protección Comunidad Agrícola Diaguita Los Huascoaltinos y tb otras comunidades diaguitas de la zona. Estas últimas alegan que no se ha realizado esta consulta de manera “verdaderamente abierta” por haberse limitado sólo a los Huascoaltinos.
- ❖ SEA ha demostrado si no mala fe, a lo menos falta de comprensión de lo que debe ser un proceso de consulta, que es, en lo esencial, un diálogo franco, procedimientos adecuados culturalmente (dimensión del tiempo). Autoridad no ha generado el clima de confianza necesaria - más aún considerando el contexto en el cual se da este proceso (aprobación Pascua Lama, sin consulta indígena, aprobación del proyecto El Morro el 2011 sin consulta previa.)
- ❖ entre la empresa y la comunidad no hay ningún tipo de diálogo. Comunidad: deber de consulta es del Estado. Es él y no la empresa el que tiene la responsabilidad al respecto.
- ❖ empresas también deben cumplir un rol y son actores importantes, sobretodo para provocar acercamiento y diálogo.

Conclusiones

Dónde estamos:

❖ **Ambito del sector privado:**

- ❖ salvo excepciones, el sector empresarial no logró comprender, importancia de discusión seria y amplia sobre la puesta en marcha del proceso y prefirió oponerse radicalmente a algunas iniciativas.
- ❖ Presidente de la Confederación de la Producción y del Comercio, Lorenzo Constans, (clausura de la ENADE 2012): dar cumplimiento al Convenio 169 *"surge como una dificultad adicional"*.
- ❖ Presidente Ejecutivo del Consejo Minero, Joaquín Villarino (discurso en la cena anual del sector el 2012): es necesario *"imprimir velocidad, centralizar su gestión y, lo que es más difícil, lograr un acuerdo que conjugue adecuadamente derechos de los pueblos originarios con otros derechos reconocidos por la legislación común y, especialmente, con el imperativo de seguir creciendo como país"*. *"Los derechos de estos pueblos no pueden estar por sobre la legislación vigente que rige a todos los chilenos"*
- ❖ A medida que los tribunales han ido estableciendo doctrina, ha ido cambiando la predisposición aunq es distinta por rama económica
- ❖ hoy sector empresarial no está satisfecho con la nueva normativa, sobretudo con reglamento de consulta del SEIA
- ❖ ENCUESTA Pricewaterhouse Coopers Consultores, Auditores y Compañía Limitada
 - ❖ aplicada a empresas mineras y del rubro energético con proyectos en proceso de tramitación en el SEIA, periodo septiembre 2012 y septiembre 2013 (158 empresas.)
 - ❖ Según el informe de catastro de proyectos de inversión de SOFOFA (junio de 2013), existen 39 proyectos inmovilizados por conflictos socioambientales, ya sea paralizados, desistidos o postergados (21% del PIB del país en el año 2012).
 - ❖ A la fecha de esta encuesta, existen 12 iniciativas paralizadas por conflictos relacionados a la aplicación del convenio 169 (24%), lo que equivale a US\$ 13.061 MM en inversión frenada.
 - ❖ **91%** empresas encuestadas considera nuevo reglamento del SEIA no es suficiente para minimizar la judicialización de los proyectos, producto de conflictos con los pueblos indígenas.
 - ❖ **65%** empresas no dispone de un plan de acción para dar cumplimiento a las disposiciones del Convenio 169.

❖ **Desde el Ejecutivo**

- ❖ bajo el supuesto de que la consulta puede paralizar las inversiones en el país, se ha insistido en un estándar bajo lo exigido por los instrumentos internacionales.
- ❖ implementación se ha concentrado solamente en los artículos que TC señaló autoejecutables. No se han revisado las políticas públicas para adecuarlas ni la legislación sectorial, sobretodo aquella relacionada a la explotación de los recursos naturales.
- ❖ discusión sobre la participación en los beneficios ausente.
- ❖ el debate oficial sobre la implementación Consulta: entre el Gobierno-o en algunos casos el Poder Legislativo- y la dirigencia indígena. No se incorporaron otros actores relevantes que sí tuvieron una discusión por vías paralelas (por ejemplo con el Consejo Minero)
- ❖ Cada ministerio ha abordado el tema de manera aislada. falta de un lineamiento político claro dejó en manos de la autoridad de turno los criterios (procesos de consulta llevados por Ejecutivo son dispares): plebiscito, reuniones informativas con el Consejo de la CONADI y en otros, las consultas fueron verdaderos acuerdos vinculantes.
- ❖ Problema transversal: falta de comprensión del tema tiempo. Anaya: *Para que los pueblos indígenas puedan celebrar acuerdos libremente, con conocimiento de causa, acerca de actividades que podrían tener efectos profundos en sus vidas, no deben sentirse presionados por las exigencias temporales de otros, y deben respetarse sus propios ritmos temporales.*
- ❖ Otra debilidad : falta de conciencia en los servicios públicos del costo adicional- económico y en tiempo- que implica un proceso participativo.
- ❖ No existe una agenda de implementación del Convenio en el país que incorpore no sólo la consulta sino todos los elementos y derechos que él contempla y los mecanismos y recursos necesarios para hacerlo efectivo
- ❖

Sobre el proceso Mesa de consenso:

- ❖ hito importante y esfuerzo de avanzar en la implementación de la consulta en Chile.
- ❖ Resultado final : fracaso debido a falta de legitimidad y por los resultados obtenidos (falta de acuerdos mínimos en los aspectos más importantes)
- ❖ Es fundamental generar espacios de confianza para que los pueblos indígenas participen.
 - ❖ no basta con invitar a las organizaciones indígenas. Se requiere un protocolo previo para que los PPII puedan elegir a sus rpttes
 - ❖ La Mesa se creó sin previo diálogo ni validación ni acuerdo amplio sobre quienes serían las instituciones y autoridades representativas de los pueblos indígenas en el proceso.
 - ❖ Algunos representantes que participaron no obtuvieron previamente el respaldo de las organizaciones territoriales comunitarias, de manera que su participación fue a título individual, no colectiva.
 - ❖ Gobierno estimó que los Consejeros de CONADI eran los legítimos representantes representativos de los pueblos indígenas
 - ❖ Proceso se implementaba mientras se enviaban proyectos sin consulta (tema señales políticas): Ley de Pesca, la Ley de Televisión Digital y la ley de Carretera Eléctrica. Rglmto SEIA

Las organizaciones indígenas.

- ❖ ratificación del Convenio 169 fue parte central de las demandas indígenas en toda la transición democrática.
- ❖ Demora en su ratificación, dictación del Decreto 124, proceso mesa de consenso, aprobación de proyectos sin consulta han generado una fuerte desconfianza de las organizaciones indígenas respecto de las acciones para la implementación del Convenio 169.
 - ❖ algunos sectores y líderes indígenas han tomado la decisión de participar e incidir en la forma de implementación en diversas instancias,
 - ❖ un sector significativo ha tomado la decisión de restarse y deslegitimar todos los procesos de implementación.
- ❖ Desde la dirigencia indígena se debe abrir un proceso que permita identificar con claridad cuáles son las autoridades representativas y darles la necesaria legitimidad para llevar adelante los procesos de consulta.

Propuestas:

- ❖ necesidad de generar, tanto desde el Estado como desde el sector privado, un clima de confianza que facilite un diálogo franco y constructivo. Dejar de percibir la consulta como un obstáculo o problema
- ❖ generar una institucionalidad fuerte que garantice la participación indígena amplia, los recursos necesarios y la debida coordinación estatal en los procesos de consulta y su seguimiento.
- ❖ capacitar a los funcionarios públicos en los procesos de consulta y su implementación para que se entienda que la finalidad de la consulta es un diálogo en busca de acuerdos y no solamente procesos informativos y de intercambio de opiniones.
- ❖ fundamental que el Estado provea de recursos especiales para financiar asesoría técnica independiente a los consultados.

- ❖ El debate nacional sobre la forma en que debiera avanzarse en la implementación del Convenio 169 es muy similar a lo ocurrido en los distintos países.
- ❖ algunos han insistido en la necesidad de reglamentar en el derecho interno la consulta. Gobierno, sector privado, el Tribunal Constitucional. Tb jurisprudencia interamericana
- ❖ Algunos dirigentes indígenas partidario de que el Convenio 169 de la OIT se aplique directamente, sin necesidad de reglamentaciones internas, porque mediante la reglamentación de la Consulta Previa, lo que se busca es agilizar los procesos de inversión.



Propuesta de Ley Marco de Consulta que abarque:

- ❖ *el proceso de consulta previa y, en su caso, consentimiento;*
- ❖ *la realización de estudios de impacto:*
 - ❖ integrar evaluación de impactos ambientales, sociales, económicos y culturales, y en derechos humanos (Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos, Directrices Voluntarias Convenio Biodiversidad)
 - ❖ Realización por entidades independientes y bajo supervisión del Estado y en cooperación con los pueblos interesados.
 - ❖ requiere la formación de capacidades técnicas y profesionales de los propios pueblos indígenas.
 - ❖ la evaluación debe conducir a cambios específicos en los proyectos de inversión cuando los estudios hayan identificado posibles impactos negativos:
 - ❖ el ingreso de los proyectos de inversión al SEIA es en una etapa final, en que el proyecto de inversión está ya decidido por la empresa, y ha recorrido un largo trayecto. posibilidades de los pueblos indígenas afectados, de incidir en modificaciones son mínimas o nulas, y al mismo tiempo, el rechazo de un proyecto representa altos costos para el inversionista y otros actores interesados en el mismo.
 - ❖ desafío de reformar el proceso de aprobación de proyectos de inversión; contemplar instancias de consulta previa antes del otorgamiento de concesiones y permisos ambientales

- ❖ *la participación en los beneficios: tema debe ser incluido en los procesos de consulta de proyectos de inversión:*
- ❖ Distinción entre "participación en los beneficios" y la "indemnización por daño o perjuicios causados" (Jp CoIDH, Relator)
- ❖ explorar modelos de Acuerdos de Impacto y Beneficios, empresas conjuntas etc. Debe regularse y no dejarlo al ámbito de la autonomía contractual (CC).
 - ❖ Debe prestarse especial atención a los contratos entre empresas privadas y pueblos indígenas. asimetría de poder entre ambas partes.
 - ❖ Estado debe ser garante de los derechos de los PPII, resguardar la debida correspondencia y paridad entre las prestaciones que se están celebrando, garantizar a los pueblos indígenas una real autonomía privada, lo que implica no sólo disponer de la información suficiente sobre el objeto del contrato sino contar con la asesoría adecuada.

Síntesis:

- ❖ generar una institucionalidad fuerte que garantice la participación indígena amplia, los recursos necesarios y la debida coordinación estatal en los procesos de consulta y su seguimiento. Funcionarios capacitados en diálogos interculturales, no sólo en normativa legal
- ❖ necesario resolver si habrá un sólo organismo que lleve adelante los procesos de consulta, con la asesoría técnica de los demás servicios relacionados o, como se ha resuelto hasta ahora, cada servicio lleva adelante los procesos de consulta de las materias que le compete, con la asesoría técnica de CONADI. Opinión personal: un ente (obliga a coordinación y definiciones)
- ❖ La Nueva Institucionalidad Indígena Programa de Gobierno de Michelle Bachelet (Ministerio de Asuntos Indígenas, y Consejo Nacional de Pueblos Indígenas) debe contar con la mayor legitimidad posible de los pueblos indígenas: procesos de consulta previa, amplios y participativos, financiamiento apropiado y con la voluntad política de avanzar en un acuerdo satisfactorio para todos.
- ❖ Debiera evaluarse la alternativa de generar una Ley Marco de Consulta Indígena que además tenga presente en la diversidad de pueblos indígenas que existen en nuestro país. Incluye así órganos autónomos como municipios. Acuerdo político mientras tanto
- ❖ Sobre los “*acuerdos entre privados*” (empresas y pueblos indígenas): acuerdos deben ser vinculantes y ejecutoriados. Estas relaciones, acuerdos y negociaciones debieran contar con una regulación, que hoy es inexistente. Mecanismos efectivos de reclamación. Necesidad de fondo para asesorías

- ❖ considerar una Agenda Legislativa de Derechos Indígenas que incorpore con claridad no sólo el Derecho a Consulta Previa, sino que también debe considerar la adecuación de la legislación sectorial (Código de Aguas, Código de Minería, etc)
- ❖ es fundamental no sólo el compromiso y voluntad política del Ejecutivo sino que también la del Congreso Nacional, el cual hasta la fecha está en deuda
- ❖ Enfrentar tema consulta y los municipios: impacto para los Indígenas Urbanos
- ❖ desde la dirigencia indígena se debe abrir un proceso que permita identificar con claridad cuáles son las autoridades representativas y darles la necesaria legitimidad para llevar adelante los procesos de consulta.
- ❖ Debe realizarse un esfuerzo integral en la implementación del Convenio 169 de la OIT en Chile; autoridades deben ir más allá de lo considerado como normas autoejecutables.





