



UNIVERSIDAD DE CHILE
INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
MAGÍSTER EN ESTUDIOS INTERNACIONALES

**LA IMPLEMENTACIÓN DE “LA CONSULTA” DEL CONVENIO 169 DE LA OIT
EN CHILE: LAS IMPLICANCIAS PARA LA GRAN MINERÍA**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN ESTUDIOS INTERNACIONALES

CLAUDIA CORVALÁN SAN MARTÍN
PROFESORA GUÍA: ASTRID ESPALIAT LARSON

SANTIAGO DE CHILE
2015

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO	8
1.1 Los Derechos Indígenas en la Historia	8
1.2 El Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales	10
1.3 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	13
1.4 El Convenio N°169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT	16
1.5 Los principios de participación, consulta y consentimiento previo	20
1.6 Las tierras, los territorios y los recursos naturales en el Convenio 169	25
1.7 Cómo la OIT supervisa la implementación del Convenio 169.....	30
1.8 Chile y la ratificación del Convenio 169 de la OIT.....	31
CAPÍTULO II LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 169 EN CHILE	35
2.1. Contexto legal	35
2.2 La regulación utilizada en Chile	38
2.3 El Decreto Supremo N°66.....	39
2.3.1 Los principios y procedimiento de la consulta según el Decreto Supremo N°6641	
2.4 El Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o Decreto Supremo 40	46
2.4.1 Evaluación de Impacto Ambiental vs Declaración de Impacto Ambiental.....	47
2.4.2. La susceptibilidad de afectación directa	51
2.4.3 El Estudio de Impacto Ambiental (EIA)	53
2.4.4 La consulta indígena en el Estudio de Impacto Ambiental.....	55
CAPÍTULO III LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA Y LAS CONSECUENCIAS PARA LA GRAN MINERÍA	61
3.1 La importancia que tiene la minería para el desarrollo de Chile	61

3.2 La judicialización de proyectos mineros.....	64
3.3 Proyectos mineros afectados por la aplicación de la consulta	68
3.3.1 Proyecto Sociedad Contractual Minera El Morro	69
3.3.2 Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado.....	73
3.3.3 Proyecto RT Sulfuros.....	75
3.3.4 Proyecto Sondaje y Prospección Minera Paguanta.....	76
3.3.5 Proyecto Exploración Minera Catanave.....	78
3.3.6 Proyecto Continuidad Operacional Cerro Casale	79
3.4 Proyectos mineros con resultados positivos con aplicación de participación indígena	80
3.4.1 Proyecto Minero Caserones	80
3.4.2 Proyecto Lobo Marte.....	82
3.5 El nuevo escenario que enfrenta la minería con la consulta indígena	85
3.6 La experiencia de otros países en la aplicación de la consulta indígena	88
3.6.1 El caso de Perú	88
3.6.2 El caso de Guatemala.....	89
3.6.3 El caso de Colombia.....	90
3.7 Los desafíos pendientes en Chile	90

CAPÍTULO IV LAS RECLAMACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LA CONSULTA EN EL CONTEXTO DE LOS PROYECTOS MINEROS

4.1 Perfil Indígena de Chile.....	98
4.2 Las propuestas de las organizaciones indígenas en la formulación de la normativa sobre la consulta en Chile.....	101
4.3 Las críticas de los pueblos indígenas respecto al Reglamento de consulta previa	106
4.4 Los comentarios del Relator Especial sobre la aplicación de la consulta en Chile	111

CAPITULO V LAS OPORTUNIDADES QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169.....

5.1 Mecanismos utilizados por las empresas mineras para cumplir con la consulta.....	116
5.1.1 El International Council on Mining & Metals (ICMM).....	117

5.1.2 El relacionamiento comunitario de las grandes empresas mineras y la “Licencia Social para Operar”	120
5.1.3 Las buenas prácticas de la gran minería con las comunidades.....	126
5.1.4 El informe del ex Presidente Ricardo Lagos y el informe alternativo	128
5.1.5 El International Finance Corporation	134
5.2 Los cambios que estudia el gobierno a la consulta indígena	136
CONCLUSIONES	139
GLOSARIO	142
BIBLIOGRAFÍA	144
ANEXOS	152
1. Convenio N°169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT	153
2. Transcripciones de entrevistas.....	171

INTRODUCCIÓN

El Convenio N° 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue adoptado por los países socios de dicho organismo en 1989 con el objetivo de proteger y reconocer los derechos de los pueblos originarios. Por primera vez, un instrumento internacional, de carácter vinculante para los Estados miembros de la OIT, reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, les otorga el derecho a consulta, participación y autogestión, reconoce derechos sobre territorios y recursos humanos así como derechos sociales y culturales.

Chile demoró 20 años en ratificar el Convenio 169 y finalmente entró en vigencia, con estatuto de ley, en septiembre de 2009. Pero su entrada en vigencia ha significado un gran desafío para el país, para las comunidades indígenas y para las empresas mineras que se han visto afectadas por procesos de judicialización que retardan las inversiones en el sector. Junto con la ratificación del Convenio, Chile ha tenido que cumplir con una serie de obligaciones que incluyen la adopción de medidas especiales para ser incorporadas en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido se dictaron dos normas internas que permiten su aplicación: el Decreto Supremo N°66, que regula el Procedimiento de Consulta Indígena y el D.S. N°40 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Este último reconoce la obligación de los órganos del Estado, con competencia ambiental, de contribuir al desarrollo de los pueblos indígenas según lo establecido en el Convenio 169, aplicando la consulta indígena, a través del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) cuando existan proyectos de inversión susceptibles de afectarles, como lo son prácticamente todos los proyectos de la gran minería.

Por el impacto socio ambiental que provocan los proyectos mineros y por estar a menudo ubicados en zonas de ocupación indígena, la aplicación de la consulta ha generado conflictos entre las empresas mineras y comunidades indígenas que han provocado la paralización judicial de proyectos, afectando de esta manera el desarrollo del norte de Chile.

A través del estudio se busca determinar cómo la industria extractiva puede conciliar el derecho a consulta y participación que otorga el Convenio 169 a los pueblos originarios, con la realización de nuevos proyectos mineros. Para analizar esta problemática estudiaremos particularmente el artículo 6 del Convenio que contiene los principios generales de

la consulta y la finalidad de acuerdo que ésta persigue. Estudiaremos también el artículo 7 donde se hace referencia al derecho al autogobierno de comunidades indígenas y les otorga el derecho a conocer los impactos ambientales de los proyectos de desarrollo que afecten sus territorios. También indagaremos en el artículo 15 que se refiere específicamente a los recursos naturales que se encuentran en las tierras indígenas y el derecho de estas comunidades a participar en su utilización, administración y conservación.

Con este nuevo escenario que contempla la implementación obligatoria de la consulta indígena para los proyectos mineros, el presente estudio indagará en la siguiente pregunta de investigación que guía la tesis: ¿Cómo es que el sector extractivo puede realizar nuevos proyectos mineros con éxito si incorpora, en su planificación temprana, mecanismos y acciones que permitan el diálogo permanente con las comunidades indígenas? La hipótesis de la investigación señala que a partir de la implementación de la consulta del Convenio 169, el sector extractivo podrá realizar nuevos proyectos mineros si incorpora en su planificación mecanismos y acciones que permitan el dialogo permanente con las comunidades indígenas. En este sentido, el estudio apunta a determinar las acciones que el sector minero puede desarrollar y en efecto está implementando para conciliar el derecho a la consulta con el desarrollo de sus proyectos. Esta pregunta se aborda al describir el proceso de implementación del Convenio 169 en Chile y el mecanismo de consulta, explicando la importancia que tiene la minería para el desarrollo del país, determinando las dificultades del sector minero para realizar la consulta, identificando las objeciones de las comunidades indígenas a la aplicación de la consulta y describiendo los mecanismos que han usado las empresas mineras para cumplir con lo preceptuado por la ley.

El estudio fue elaborado sobre la base del análisis de la literatura existente respecto al Convenio 169 y otras informaciones sobre la gran minería, los proyectos mineros, el relacionamiento comunitario y la legislación chilena. Con el propósito de obtener distintos puntos de vista sobre la relación entre la minería y las comunidades indígenas, la investigación incluye una serie de entrevistas a actores relevantes tanto para la minería como para las comunidades indígenas.

En el Capítulo I repasamos los antecedentes históricos que llevaron a posicionar los derechos indígenas en la agenda internacional, lo que nos permitirá comprender cuál es la envergadura de la deuda que tienen los países con sus pueblos originarios. También se

explicará cómo y por qué la Organización Internacional del Trabajo (OIT) llegó a crear el Convenio 169.

En el Capítulo II de esta investigación se describirá la implementación del Convenio 169 en Chile y el contexto legal existente en el país en materia de leyes ambientales e indígenas. Asimismo indagaremos en la forma en que funcionan los Decretos Supremos 40 y 66 y conoceremos los problemas que han surgido, para la gran minería, en la implementación del Convenio 169 en el marco de los Estudios de Impacto Ambiental, a través del cual se aplica la consulta indígena en los proyectos mineros.

En el Capítulo III abordaremos la forma en que se aplica la consulta indígena en Chile y las consecuencias jurídicas y económicas que esto ha tenido para las inversiones mineras. Para graficar esta problemática estudiaremos con detención casos específicos de proyectos mineros que han sido judicializados durante los procesos de consulta.

El Capítulo IV de esta investigación estará destinado a comprender mejor la opinión que tienen las comunidades indígenas sobre la forma en que se aplica la consulta en Chile y el rol que estas han tenido en la elaboración de la reglamentación existente.

Finalmente, en el último Capítulo V se revisan las buenas prácticas que algunas mineras realizan para obtener resultados positivos al relacionarse con comunidades en general y con pueblos originarios en particular. Para esto se analizan algunas asociaciones, organizaciones, estudios, principios y propuestas que han dado buenos resultados y que pueden responder al desafío que tiene el sector minero, de transformar la aplicación del convenio 169 en un mecanismo que, en vez de obstaculizar el crecimiento y la inversión del sector, permita actuar en conjunto y con confianzas mutuas con las comunidades indígenas, cuando las operaciones se realizan en territorios donde habitan pueblo originarios. También la investigación apunta a responder cómo el Estado puede incrementar y mejorar su participación en estos procesos, de tal manera que el convenio 169 cumpla los propósitos que se formularon cuando fue creado en el seno de la OIT.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Los Derechos Indígenas en la Historia

Para los exploradores y colonizadores que llegaban al nuevo mundo y al continente africano en los siglos XV y XVI, los habitantes de aquellas tierras simplemente no tenían derechos (Havermann, P., 2013, págs. 239-242). Al no ser cristianos, no tenían alma ni conciencia. La creencia era que al igual que los esclavos y las mujeres, no tenían la capacidad para ejercer derechos y poderes y tampoco se consideraban civilizados. Por lo tanto, ni siquiera podían alcanzar el estatus de verdaderos ciudadanos. Fue así como en 1492, el Papa Alejandro VI promulgó un decreto papal que negó personalidad jurídica a los indígenas en los territorios recientemente descubiertos, a no ser que estos se convirtieran al cristianismo. A medida que más Estados europeos emprendieron el camino colonizador y expansionista, no era práctico para sus objetivos el reconocer legalmente a los indígenas que habitaban los territorios recién descubiertos ni mucho menos otorgarles derechos de propiedad. De esta forma, entre los siglos XV y XX los indígenas tuvieron derechos muy limitados en la mayor parte del mundo y no se consideraban pueblos ni naciones soberanas. Según lo estableció el Tratado de Westfalia en 1648, los derechos de los pueblos indígenas pasaron a ser parte de los asuntos internos de cada Estado y no calificaron para tener personalidad jurídica internacional propia. En ese entonces, las colonias se consideraban “terra nullius” (tierra de nadie) y eran parte de la nación colonizadora, es decir que el colonizador podía ocuparlas legalmente. Los Estados se ampararon en este concepto para ocupar y repartir tierras donde habitaban comunidades indígenas. Esto consagró la marginación de los pueblos indígenas del derecho internacional (Havermann, P., 2013, págs. 239-243).

Los derechos indígenas comenzaron a ser una preocupación en el ámbito internacional recién a fines del siglo XIX cuando las potencias coloniales europeas firmaron, en 1885, el Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental con el fin de abordar problemas que habían surgido por la colonización del continente negro, sobretudo la problemática de la división de los territorios africanos entre los países europeos. En esa ocasión la Conferencia resaltó, en el artículo VI, “el compromiso de los Estados signatarios de

preocuparse por la conservación de las poblaciones indígenas, la mantención de su moral y sus condiciones materiales” (Mereminskaya, 2011, pág. 218). España también se vio enfrentada a problemas similares respecto a la población indígena en sus colonias en América. Sin embargo, fue recién al término de la Primera Guerra Mundial, con la firma del Tratado de Versalles, la creación de la Liga de las Naciones y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, que surgió una preocupación internacional especial por la protección y los derechos de los pueblos indígenas. La Liga de las Naciones se enfocó en la protección de grupos minoritarios, lo que incluía grupos indígenas y señaló en su artículo 22 que:

“En ciertos territorios pertenecientes previamente a los poderes vencidos en la Primer Guerra Mundial, los habitados por pueblos incapaces aún de subsistir por sí mismos en las condiciones de la intensa vida moderna, la tutela sobre estos últimos se confiara a las naciones adelantadas.”

Entre tanto, el artículo 23 señalaba que los miembros de la Liga “se comprometen a asegurar un trato justo para los indígenas habitantes de los territorios que se hayan bajo su autoridad” (Mereminskaya, 2011, pág. 218). De esta manera se definieron criterios específicos para las naciones que administraban territorios con población sometida a su mandato, como por ejemplo garantías a la libertad de conciencia y religión y prohibición de tráfico de esclavos. Por otra parte, la OIT nació como una organización tripartita que dio estatus de sujetos de derecho internacional a trabajadores, empleadores y Estados socios. Una de las primeras iniciativas de la OIT fue precisamente realizar estudios sobre la situación de los trabajadores indígenas y ser parte del Comité Temporal sobre la Esclavitud. Concretamente en 1921 la OIT realizó un estudio sobre la situación de los trabajadores indígenas. Entre la primera y la segunda guerra mundial la OIT elaboró varios convenios y recomendaciones sobre la protección de los grupos indígenas y sus condiciones laborales. En 1926, el Consejo de Administración de la OIT formó un Comité de Expertos en Trabajo Indígena para proponer una normativa de protección de los trabajadores indígenas. Así, la OIT le dio especial relevancia a los temas de grupos minoritarios y lo que llevó a la elaboración de varios convenios y recomendaciones sobre el trato hacia los pueblos indígenas. Algunos de estos fueron el Convenio N° 50 de 1936 sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, el Convenio N°64 de 1939 sobre Contratos de Trabajadores Indígenas, el Convenio N°65 del mismo año sobre Sanciones Penales a los Tra-

bajadores Indígenas y el Convenio N°105 de 1955 sobre la Abolición del Trabajo Forzado (Mereminskaya, 2011, págs. 217-219).

Si bien la Liga de las Naciones no sobrevivió la Segunda Guerra Mundial y dio paso a la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la OIT sí lo hizo. En 1946, la OIT se convirtió en una agencia especializada de la Organización de la ONU. De esta manera se dio inicio a un nuevo orden mundial que fue marcado por el holocausto y que obligó a la humanidad a re pensar los derechos humanos (Langlois, 2013, págs. 12-23).

En este ambiente mundial en que se comenzó a valorar los derechos indígenas, vale la pena mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante Declaración Universal), adoptada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En ella se intentó contestar preguntas tan relevantes como ¿Qué son los derechos humanos y de donde provienen? ¿A quién se aplican? ¿Pueden ser invocados por todos los pueblos o están restringidos a determinadas razas, sexos, clases o culturas? Esta Declaración Universal ha sido considerada por muchos como uno de los documentos más influyentes de la historia ya que por un lado “ofreció un ideal que sirvió de inspiración a quienes estaban dispuestos a luchar por asegurar el disfrute de los derechos para ellos mismos y para otros” (Lauren, 2008, págs. 1-2), y por otro lado “al adoptar por mayoría abrumadora la Declaración Universal, los representantes oficiales de gobiernos de todo el mundo se comprometieron a promover y proteger sus principios y conferirles así legitimidad” (Lauren, 2008, págs. 1-2). Los pueblos originarios en varios países del mundo, que para ese entonces hacían grandes esfuerzos por exigir derechos de autodeterminación ante los poderes colonizadores, se identificaron de inmediato con la Declaración Universal. De esta manera el documento fue determinante en promover los derechos humanos como pilares fundamentales en las relaciones internacionales.

1.2 El Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales

En el contexto del presente estudio es interesante hacerse la siguiente pregunta: ¿cuál es la razón del involucramiento de la OIT en temas de derechos indígenas cuando no tienen directa relación con derechos laborales? Tal como ya señalamos, después de la Primera

Guerra Mundial los países ganadores crearon la Liga de las Naciones como una forma de evitar futuras guerras y mejorar la calidad de vida en el mundo. Una de las organizaciones creadas con este fin fue la Organización Internacional del Trabajo con el objetivo de promover la paz social. La OIT comenzó entonces a estudiar las condiciones de vida de los trabajadores en el mundo, lo que incluía los pueblos indígenas, y observó que estos en particular padecían graves formas de explotación. De esta forma y a partir de 1920 la OIT se ocupó de los llamados “trabajadores nativos” de los entonces territorios coloniales de los países europeos. Para la OIT se hizo evidente que estos pueblos originarios necesitaban protección especial y adoptó, en 1930, el Convenio sobre el Trabajo Forzoso de la OIT N°29 (OIT, pág. 173). Luego, tras de la creación de las Naciones Unidas en 1945 después de la Segunda Guerra Mundial, la OIT pasó a ser una agencia especializada de la ONU y continuó trabajando con la realidad de los trabajadores pertenecientes a comunidades indígenas, particularmente la protección de los trabajadores indígenas, que a menudo laboran en condiciones precarias, con bajas remuneraciones y donde se vulneran sus derechos. En 1945 la OIT designó a un Comité de Expertos para elaborar un convenio referido específicamente a los indígenas. Después de un largo período de estudios y programas de desarrollo indígena, finalmente el 26 de junio de 1957, la OIT aprobó el Convenio N°107 sobre poblaciones indígenas y tribales que por primera vez incluía estándares de trato hacia poblaciones indígenas y tribales en países independientes. El Convenio 107 además articuló derechos individuales y también grupales. De esta forma en su Artículo 11:

“Reconoce el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”. Aunque solamente fue ratificado por 27 países, su principal objetivo fue buscar la manera de integrar a los grupos indígenas en la vida nacional de los países para mejorar sus condiciones de vida y trabajo (OIT, págs. 173-174).

En el artículo 1 del Convenio 107 se señalaba que dicho Convenio se aplicaba a

“Miembros de poblaciones tribales o semi tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas eran inferiores a las de otros sectores de la sociedad y cuyo estatus se regulaba total o parcialmente por sus propias leyes” (Mereminskaya, 2011, pág. 220).

Por otra parte, aunque el Convenio 107 condenaba la asimilación forzada de comunidades indígenas, sí apelaba a la integración de ellas a la vida moderna a través de la educación y el entrenamiento profesional. Este carácter “integracionista” es la principal diferencia que marca la eventual ratificación del Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante el Convenio) varias décadas después. El Convenio 107 también tenía características asistencialistas hacia los pueblos originarios, lo que era prevalente en la época de su creación y por lo tanto se enfrentó con la oposición de comunidades indígenas (Havermann, P., 2013, pág. 243). Otro de los puntos altamente criticados del Convenio 107 fue el supuesto de que los pueblos indígenas eran sociedades temporales destinadas a desaparecer con la llegada de la modernización. De esta manera:

“La protección internacional hacia las personas indígenas se concibe en términos temporales y transitorios, necesaria tan solo durante el período que se requiera para completar su integración a las sociedades nacionales y superar su estado de segregación” (Mereminskaya, 2011, pág. 220).

Durante la década de los sesenta comenzó a tomar forma el principio de la autodeterminación, que en sus inicios fue el derecho colectivo de las poblaciones que habitaban las colonias de países europeos para independizarse. Al mismo tiempo, el Sistema de las Naciones Unidas comenzó a revisar la situación de los pueblos indígenas en el mundo con mayor detalle, coincidiendo con una época en que estas comunidades, generalmente a través de Organizaciones No Gubernamentales y la misma ONU, ya tenían un lobby fuerte y organizado para lograr reconocimiento internacional y mayores derechos (Mereminskaya, 2011, pág. 220).

Con la evolución del derecho internacional y el aumento de las demandas de los pueblos indígenas, en los años ochenta, el Convenio 107 fue cada vez más cuestionado y se hizo cada vez menos vigente a medida que se dejaban atrás las ideas de integración y mestizaje que buscaban que los indígenas abandonaran sus culturas y se integraran al “mundo moderno” (Lopez, 2013, págs. 17-18). De esta manera, en 1985 el Secretariado de la OIT junto al Comité de Expertos para la revisión del Convenio 107 declaró obsoleto este instrumento y señaló que el “enfoque integracionista del Convenio 107 estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno”. Durante los años 1988 y 1989, el Convenio 107 fue revisado por el Comité de Expertos pero no quedó abierto para la ratifi-

cación de más países. En la actualidad todavía está vigente y es un instrumento válido en 18 países.

1.3 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

En 1982 la ONU implementó un grupo de trabajo sobre pueblos indígenas denominado “*Working Group on Indigenous Populations*” que fue el único grupo del Sistema de Naciones Unidas en dedicarse exclusivamente a temas indígenas hasta 2002. El informe que entregó el experto de la ONU Juan Martínez-Cobo en 1986 donde señaló que los pueblos indígenas están entre los grupos humanos menos protegidos del mundo, obtuvo mucho reconocimiento. A fines de los años ochenta la presión indígena estaba rindiendo frutos y las injusticias en su contra eran materia de vergüenza para políticos y Estados (OIT, 2013, pág. 2). Fue en este contexto que la OIT avanzó en la redacción del Convenio 169 bajo el fundamento de que los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes, que son “pueblos”. Según la OIT esto quiere decir que:

“Tienen conciencia de su identidad indígena y que descienden 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. Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (OIT, 2013, pág. 2).

El Convenio 169 de la OIT se convirtió en predecesor de lo que más tarde fue el hito más importante del derecho internacional para la protección de los derechos indígenas; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 después de 22 años de intensos debates.

“Se trata de un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta” (Aylwin, Carmona, Meza-Lopehandía, Silva, & Yáñez, 2009, pág. 17).

Sin embargo al ser una declaración, no tiene fuerza obligatoria para los países socios de la ONU. Esta Declaración estipula los derechos colectivos e individuales de los pueblos originarios, especialmente en lo que tiene que ver con sus tierras, recursos, cultura e identidad al igual como lo señala el Convenio 169 de la OIT. Otorga también especial atención al derecho de los pueblos indígenas de mantener sus propias tradiciones y participar activamente en los asuntos que afectan sus modos de vida. De hecho, durante su elaboración, varios países se opusieron a los artículos que tenían relación con el derecho a la autodeterminación y el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en sus territorios. Sólo fue aprobada con la inclusión de una enmienda que aclaró que nada en la Declaración se interpretará “en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”. Cabe señalar que estas enmiendas no fueron consultadas con los pueblos indígenas y no contaron con su apoyo. La Declaración fue adoptada finalmente en la Asamblea General por 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones (34 Estados no estuvieron presentes) (UNNews, 2007).

Por primera vez, y gracias a la existencia de esta nueva Declaración, se reconoció el derecho de los pueblos indígenas a existir como grupos además de como individuos. Asimismo la Declaración de los Pueblos Indígenas promueve explícitamente el rol participativo que deben tener estas comunidades en su desarrollo económico, el consentimiento previo, la consulta previa sobre temas relacionados con sus territorios y la autodeterminación (Havermann, P., 2013, pág. 246). La Declaración no creó derechos nuevos sino que:

“Especifica o proporciona una interpretación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en cuanto a su aplicación a los pueblos originarios –por ejemplo, la Declaración es esgrimida para interpretar, reforzar y complementar los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT” (Hervé & Pérez, 2011, pág. 12).

Respecto a las tierras, territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas (materias de particular importancia para la minería), la Declaración hace menciones específicas en los artículos 25, 26, 27, 28 y 32. Según el artículo 26:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”.

Esto se refiere no sólo a territorios que actualmente posean sino aquellos que hayan tenido o usado en el pasado. El artículo 27 de la Declaración señala que:

“Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas”.

Esto obliga a los Estados a crear procedimientos para que se reconozcan las tierras a estos pueblos (Hervé & Pérez, 2011, pág. 15). El artículo 28 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a recibir indemnización o reparación por el uso o daño a tierras que tradicionalmente hayan poseído u ocupado. Por su parte, el artículo 32:2 establece que:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Esto claramente reconoce el derecho de los pueblos originarios a determinar por si solos sus estrategias de desarrollo y el uso de tierras y recursos naturales (Hervé & Pérez, 2011, pág. 15). Según estos autores, la Declaración es más explícita que el Convenio 169 en el tema de la reparación e indemnización que deben recibir los pueblos originarios cuando se afectan sus tierras o territorios. En este mismo sentido, los autores del informe “las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile” señalan que:

“A pesar de que su texto final fue objeto de diversas modificaciones con el propósito de lograr consenso mayoritario para su aprobación por la Asamblea General, en muchos aspectos la Declaración va más allá del Convenio N°169 de la OIT, que hasta septiembre de 2007 constituía el instrumento de derecho internacional más avanzado relativo a los derechos de los pueblos indígenas...El Convenio 169 había establecido el derecho de consulta a los pueblos indígenas frente a diversas circunstancias que les atañen (medidas legislativas y administrativas, y la prospección o

explotación de los recursos del subsuelo existentes en sus tierras). La Declaración va más allá al disponer el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de que los Estados adopten decisiones que le afecten” (Aylwin, Carmona, Meza-Lopehandía, Silva, & Yáñez, 2009, págs. 17-18).

1.4 El Convenio N°169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

En 1989 la Conferencia General número 76 de la OIT en Ginebra, adoptó por 328 votos a favor, uno en contra y 49 abstenciones, el Convenio N°169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales con el objetivo principal de proteger y reconocer los derechos de los pueblos originarios. Entró en vigencia en 1991, un año después de ser ratificado por Noruega y México. El Convenio 169 marcó un nuevo enfoque de la OIT en relación a los pueblos indígenas, lo cual quedó expresado en su preámbulo que señala lo siguiente:

“Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

Las principales herramientas que usa el Convenio para proteger a las comunidades indígenas son en primer lugar reconociéndolos como sujetos colectivos de derechos, “lo que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida” (Aylwin, Carmona, Meza-Lopehandía, Silva, & Yáñez, 2009, pág. 22). En segundo lugar, el Convenio plantea una serie de derechos políticos a su favor como lo son su participación en el Estado, la consulta y la autogestión. En tercer lugar, el Convenio reconoce a los pueblos indígenas, derechos territoriales como derechos a la propiedad, a la posesión de tierras, a la pose-

sión de territorios y a los recursos naturales. Por último el Convenio reconoce derechos culturales que incluyen aquellos que son consuetudinarios, derechos a la educación y salud entre otros. Cabe señalar que los convenios de la OIT, no así otros tratados internacionales, no admiten reservas, limitaciones o modificaciones cuando son ratificados. De esta forma, en el caso del Convenio 169, la OIT ha señalado que:

“Es importante que los gobiernos, los pueblos indígenas, los mandantes tradicionales (trabajadores y empleadores) de la OIT, al igual que otros actores, estén plenamente informados de todas las disposiciones del Convenio, así como de las consecuencias de la ratificación” (OIT, 2013, pág. 175).

En la actualidad el Convenio 169 es el único instrumento internacional vinculante que específicamente regula los derechos de los pueblos indígenas. (Mereminskaya, 2011, pág. 228) Su adopción es el reflejo del consenso que lograron los socios tripartitos de la Organización Internacional del Trabajo respecto a los pueblos indígenas y la responsabilidad que tienen los Estados en la protección de sus derechos¹.

“El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas” (OIT, 2013, pág. 1).

Debido a la estructura tripartita de la OIT que le da participación formal para introducir observaciones sólo a sus representantes, es decir trabajadores, Estados y empleadores, los pueblos indígenas no participaron directamente en las negociaciones que llevaron a la creación del Convenio 169. Tanto así que cuando el Convenio fue aprobado, las organizaciones indígenas rechazaron sus términos, los que con el tiempo fueron aceptando paulatinamente.

En la actualidad, 22 naciones latinoamericanas y europeas han adoptado voluntariamente el Convenio 169, mostrando una creciente conciencia por los derechos de las comunidades indígenas.² Este instrumento, de carácter vinculante para los Estados que lo ratifican,

¹ El carácter tripartito de la OIT se refiere a su estructura que le da participación formal para introducir observaciones sólo a sus representantes, es decir trabajadores, Estados y empleadores.

² El convenio 169 ha sido ratificado por los siguientes países: Noruega (1990), México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Dinamarca (1996), Guatemala (1996), Países Bajos (1998), Fijo (1998), Ecuador (1998), Argentina (2000), Venezuela

es una herramienta fundamental en el marco normativo internacional moderno para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Según la Organización de Naciones Unidas, el Convenio 169 fue creado para hacerse cargo de la difícil situación de los más de 5000 pueblos indígenas que viven en 70 países del mundo y constituyen una población de alrededor de 370 millones de personas (OIT, págs. 173-185).

El Convenio 169 consta de 44 artículos, agrupados en diez partes:

- I. Política general,
- II. Tierras,
- III. Contratación y condiciones de empleo,
- IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales,
- V. Seguridad social y salud,
- VI. Educación y medios de comunicación
- VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras,
- VIII. Administración
- IX. Disposiciones generales,
- X. Disposiciones finales.

El Convenio es particularmente relevante ya que ha jugado un rol fundamental en la elaboración de las leyes y políticas nacionales en materia de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo y no solo en países ratificantes. En aquellos países que sí lo han adoptado, los tribunales de justicia han utilizado el Convenio como hoja de ruta para tratar los casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y también ha servido para que las empresas adopten un camino más sustentable al realizar inversiones.

El Convenio 169 es un tratado internacional que reconoce derechos tanto individuales como colectivos de los pueblos indígenas. De esta manera fomenta el respeto a la cultura y forma de vida de los pueblos indígenas. Su objetivo principal es evitar la discriminación de estos pueblos y hacer posible que ellos sean agentes de su propio desarrollo para lo

(2002), Dominica (2002), Brasil (2002), Nepal (2007), España (2007), Chile (2008), Nicaragua (2010), República Centroafricana (2010).

cual cuenta con dos principios fundamentales: la Consulta y la Participación. El Convenio 169 también cubre otros temas relativos a los pueblos indígenas como son el empleo, la formación profesional, la educación, la seguridad social, la salud, las tradiciones, las lenguas y las creencias religiosas entre otras. Tal como lo señalan los autores Santiago Montt y Manuel Matta (Montt & Matta, 2011, págs. 133-212), el Convenio 169 reconoce derechos colectivos y de libre determinación a los pueblos originarios, lo que lo hace un tratado único. Esto queda estipulado claramente en su preámbulo, al reconocer:

“Las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

Cuando un país adopta el Convenio 169 se compromete, obligatoriamente, a aplicarlo de buena fe en su legislación nacional y exige a los Gobiernos establecer las condiciones necesarias para su implementación. Entre estas obligaciones está que los pueblos indígenas deben ser consultados y participar en el proceso de aplicación en la legislación interna para garantizar que se logren los resultados deseados. Es así como el artículo 2:1, señala que los gobiernos, son los responsable de su aplicación y deben “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Asimismo, el artículo 33:1 señala que:

“Los gobiernos deben asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones”.

Según la Constitución de la OIT, cuando un Estado socio ratifica uno de sus convenios, debe tomar todas las medidas que aseguren la aplicación de las disposiciones de dicho convenio tanto en el derecho como en la práctica. Esto se debe realizar mediante la adopción e implementación de la legislación, reglamentos y políticas adecuadas así como contar con los mecanismos, instituciones y procesos administrativos que aseguren el cumplimiento del convenio.

“La situación legal del Convenio dentro del régimen jurídico nacional varía según el país. En la mayoría de los países que han ratificado el Convenio hasta ahora, los tratados ratificados constituyen una parte integral de la legislación nacional. En virtud de estos sistemas, las disposiciones del Convenio suelen prevalecer sobre la legislación nacional en caso de incompatibilidades. En algunos casos como Colombia, se considera que el Convenio tiene una jerarquía similar a la Constitución del país, en otros casos como Nepal y Costa Rica, el Convenio prevalece sobre la legislación nacional. En otros países, los tratados internacionales ratificados no pasan a formar parte de la legislación nacional de manera automática. En estos casos, el país debe hacer efectivas sus obligaciones internacionales mediante una legislación aparte como lo han hecho Noruega y Fiji” (OIT, 2013, págs. 176-177).

Respecto al Convenio 169 y su situación en los sistemas legales de los distintos países ratificantes, podemos señalar que en Chile los tratados internacionales ratificados tienen estatus de ley. (OIT, 2013, págs. 176-177). Según la OIT, tanto el Convenio 169 como la Declaración “constituyen la culminación de años de discusiones y negociaciones entre gobiernos y pueblos indígenas y constituye un logro histórico que aporta a la comunidad internacional un marco común para la realización de los derechos de los pueblos indígenas” (Hervé & Pérez, 2011, pág. 4).

1.5 Los principios de participación, consulta y consentimiento previo

Los principios de participación, consulta y consentimiento previo³, contenidos en los artículos 6 y 7, se introdujeron en el Convenio 169 para fomentar un desarrollo incluyente de los pueblos indígenas en un marco democrático y están ideados para que ellos puedan participar activamente en la toma de decisiones sobre los temas que les afecten. De esta forma la participación y la consulta son la piedra angular del Convenio 169 y son los instrumentos mediante los cuales se institucionalizan el diálogo y la inclusión de los pueblos originarios en los procesos de desarrollo. El objetivo principal de la participación y consulta es crear las instancias para que las partes logren acuerdos o consentimientos garanti-

³ Consentimiento Previo según la Guía de la OIT sobre el Convenio 169 de 2009, debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas.

zando la libre y adecuada participación de los pueblos indígenas cuando existan medidas que los afecten directamente. Los acuerdos entre las partes se deben lograr, según el Convenio, mediante un proceso en el cual las comunidades indígenas participen de manera libre e informada. Cabe señalar que los procesos de participación y consulta se deben aplicar para proyectos de desarrollo así como como para decisiones que tienen que ver con políticas públicas y gobernanza que afecten a los pueblos indígenas. La finalidad de estas herramientas es dar a los pueblos indígenas la posibilidad de tomar decisiones sobre sus prioridades respecto a sus formas de vida y el desarrollo económico, social y cultural que quieren seguir. Montt y Matta establecen que el derecho a participación debe aplicarse tanto a medidas legislativas como administrativas del Estado (planes, políticas y programas) y a nivel centralizado así como regional. Al ser un procedimiento que debe realizar el Estado, incluye entonces directamente al Congreso Nacional, los órganos administrativos y las municipalidades y no incluye a entes privados.

Respecto al derecho a la consulta, los expertos señalan que:

“Esta se traduce en la obligación de los Estados de solicitar la opinión de los pueblos indígenas en materia de planes, políticas y programas que los afecten directamente”. Las consultas deben realizarse de buena fe y apuntar a lograr un consentimiento. “Los gobiernos al consultar a los indígenas, deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser plenamente comprendida” (Montt & Matta, 2011, pág. 193).

Por último, el derecho a consentimiento previo, libre e informado “implica una expresión vinculante por parte de los pueblos indígenas” y el Convenio se refiere al consentimiento para el traslado y reubicación desde sus tierras (Montt & Matta, 2011, pág. 189).

La participación y consulta previa incluidas en el artículo 6 del Convenio tiene requisitos muy específicos sobre su aplicación, la que es responsabilidad de los gobiernos. En primer lugar se tiene que llevar a cabo con procedimientos apropiados que incluyen la buena fe y la incorporación de instituciones representativas para los pueblos indígenas. En este sentido, el inciso 6:1(a) del Convenio 169 contiene el principio general de la consulta y señala que:

“Los gobiernos deberán 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”.

Asimismo, y respecto a la Consulta, el artículo 6 señala que el diálogo entre las partes se debe hacer con el fin de encontrar soluciones con respeto y posibilidades reales de influir en los resultados finales. Según la OIT “la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos.” (OIT, 2013, pág. 60). Es así como el inciso 6:2 dice que:

“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe (Artículo N°6:2) 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”.

El artículo 6 del Convenio no establece un momento preciso para llevar a cabo la consulta pero indica que:

“Deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte efectiva y significativa, esto es, las consultas deben emprenderse mientras los proyectos están aún en trámite” (Mereminskaya, 2011, pág. 236).

De esta manera, el Convenio contempla el desarrollo de una consulta previa antes que se lleven a cabo medidas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas directamente como por ejemplo la exploración, explotación o desarrollo de un proyecto minero en territorios ancestrales. Una reunión informativa respecto a un proyecto no es considerado consulta según el Convenio 169. La ratificación del 169 exige “un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos, tener la posibilidad de llegar a acuerdo” (Mereminskaya, 2011, pág. 237).

El correcto procedimiento de la consulta por parte del Estado debe contemplar la entrega de toda la información sobre un proyecto, así como proporcionar el tiempo necesario para que las comunidades la puedan procesar y comprender según sus tradiciones y costum-

bres. Otro aspecto de particular importancia es que las comunidades indígenas puedan realizar la consulta a través de organizaciones que realmente las representen. Este principio de representatividad es un tema esencial, tanto así que el Convenio 169 establece en su artículo 6:1 (c) que al aplicar sus disposiciones:

“Los gobiernos deberán establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin, dando soluciones financieras a las dificultades que pudiera enfrentar un órgano representativo de los pueblos indígenas por falta de presupuesto” (Mereminskaya, 2011, pág. 239).

Respecto al derecho a participación, el Convenio 169 señala en el inciso 6:1(b) que los gobiernos están obligados a:

“Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.

Otro asunto fundamental del Convenio en la toma de decisiones sobre sus propias formas de vida es lo contenido en el artículo 7, donde se hace referencia al derecho al autogobierno. El inciso 7:1 señala que:

“Los 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”.

Un tema de particular importancia para la consideración de los proyectos mineros se encuentra en el inciso 7:3 ya que otorga el derecho de las comunidades indígenas a conocer los impactos ambientales de los proyectos de desarrollo que afecten sus territorios.

“Los 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 puedan tener sobre esos pueblos”.

Para la industria extractiva es particularmente relevante lo señalado en el artículo 15:2 respecto a la necesidad de consultar “antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo”. Sin embargo esta obligación no recae en los particulares ni en las empresas sino en los Estados, quienes deben a su vez garantizar la participación de los pueblos indígenas cuando se están tomando medidas que los afecten directamente. Y por otro parte, los pueblos consultados lo son a través de sus organizaciones representativas en la que se puedan identificar legítimamente a sus miembros. En resumen, el proceso de consulta debe llevarse a cabo:

- (1) a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas,
- (2) apoyando el desarrollo de las instituciones e iniciativas propias de los pueblos indígenas,
- (3) con buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias en un clima de confianza mutua,
- (4) a través de los procedimientos adecuados con las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo,
- (5) con miras o como meta lograr un acuerdo o consentimiento,
- (6) con una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta
- (7) consentimiento de las partes (OIT, 2013, págs. 61-63).

Para que la consulta sea verdaderamente un instrumento que fomente la democratización y autodeterminación de los pueblos indígenas y cumpla con lo estipulado en el 169, los Estados deben contar con mecanismos legislativos y administrativos apropiados y formales que deben ser previamente consultados y acordados con los pueblos indígenas. No basta entonces con un simple acto de información sobre, por ejemplo, un proyecto minero, para que se cumpla el derecho a la consulta. Sin embargo, según el Convenio, las consultas a su vez no tienen derecho a veto y tampoco es obligación que se llegue a un acuerdo respecto a la materia consultada. A modo de síntesis, según lo dispuesto en el Convenio 169, la consulta a los pueblos indígenas debe realizarse cada vez que se prevean medidas que puedan afectarles, se debe realizar de manera previa y de buena fe, mediante procedimientos adecuados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas y con el objetivo de llegar a un acuerdo.

1.6 Las tierras, los territorios y los recursos naturales en el Convenio 169

Los derechos que se refieren a los recursos naturales y los territorios indígenas son de particular importancia en el Convenio 169 y están contenidos en los artículos 13, 14, 15 y 16. El artículo 13 es especialmente importante ya que establece la relación que tienen los pueblos originarios con las tierras o territorios y la importancia de respetar, como derecho colectivo, estos aspectos necesarios para la supervivencia de las comunidades y su cultura.

“La mayoría de los pueblos indígenas tiene una relación especial con la tierra y los territorios que habitan. Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra” (OIT, 2013, pág. 91).

Específicamente el Artículo N°13:1 del Convenio 169 señala que:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

Asimismo, el artículo N°13:2 señala que el término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”, el que abarca la totalidad del hábitat que ocupan y/o usan los pueblos originarios. “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, los que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. La OIT especifica que “el territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas” (OIT, 2013, pág. 91). Por esta razón, si las comunidades indígenas pierden tierras ancestrales, su sobrevivencia como “pueblos” o “comunidades” queda amenazada. De esta forma, cuando el Convenio 169 utiliza el término “tierra”, quiere decir que se incluye la “totalidad del territorio” que estas comunidades usan, incluidos sus recursos naturales.

El artículo 14:1, en tanto, señala que:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

De esta manera el artículo 14 otorga una protección especial para los pueblos originarios respecto a la propiedad de tierras que ocupan tradicionalmente. El Artículo 14:1 señala que:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

Así, los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basan no solo en la ocupación de estos sino también en la ocupación y uso tradicional y no en el registro oficial de las tierras. El inciso 14:2 señala explícitamente que:

“Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

El inciso 14:3 establece el derecho a contar con mecanismos para la solución de reivindicaciones sobre las tierras.

Por su parte, el artículo 15 se refiere específicamente a los recursos naturales que se encuentran en las tierras indígenas y el derecho de las comunidades indígenas a participar en su utilización, administración y conservación, de ahí la atención especial que le daremos en esta tesis relacionada con los recursos mineros. El inciso 15:1 constata que:

“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

Esto se refiere al derecho de los pueblos originarios a los recursos naturales de sus territorios, tanto los recursos renovables como los no renovables, que incluyen los minerales.

En el artículo 15:2, el Convenio establece el derecho de las comunidades indígenas a la consulta antes de que se realice una prospección o explotación de recursos en sus tierras, aunque no otorga el derecho a veto para los pueblos originarios. También establece el derecho a recibir indemnización por cualquier daño que pueda resultar de la prospección o explotación de dichos recursos naturales.

“En 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 puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Este es el caso de la minería en Chile ya que conforme al código minero de nuestro país, los recursos minerales son de propiedad del Estado. Según la OIT, el artículo 15:1 del Convenio pretende:

“Conciliar intereses mediante el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas que figuran a continuación. Asimismo, debe observarse que la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas que han recibido la licencia para llevar adelante la prospección o la explotación” (OIT, págs. 107-108).

La OIT resume los derechos de los pueblos indígenas respecto a los recursos naturales de la siguiente manera:

- (1) Derecho a ser consultados antes de comenzar la prospección o explotación de los recursos naturales en sus tierras.
- (2) Derecho a conocer los impactos que tendrán las tareas de prospección y explotación, es decir saber si sus intereses serán perjudicados y de qué forma.
- (3) Derecho a beneficiarse de las ganancias que resulten de la explotación y el uso de los recursos naturales.
- (4) Derecho a recibir una indemnización justa por los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales (OIT, 2013, págs. 107-108).

Tal como lo señalan los autores Dominique Hervé y Sergio Pérez en su estudio sobre Mecanismos de implementación del Convenio 169 de la OIT (Hervé & Pérez, 2011, pág. 8), es importante interpretar el artículo 15 junto con los artículos 6 y 7 del Convenio ya que son los que exigen el derecho a una consulta y participación “especial” a los pueblos indígenas afectados, debido a su vulnerabilidad frente a la industria minera. Esta consulta y participación, señala el Convenio 169, debe realizarse a lo largo del período completo que dura un proyecto minero, desde la prospección hasta la explotación de los minerales ya que son proyectos que generalmente duran entre 20 y 50 años. Asimismo, el artículo 15 del Convenio señala explícitamente que los gobiernos en colaboración con las comunidades indígenas deben procurar que se realicen estudios sobre los impactos que pudiesen tener las actividades de desarrollo en territorios indígenas y luego tomar medidas para proteger dichas tierras. El inciso 15:3 señala que:

“Los 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 puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

En tanto que el inciso 15:4 dice que “los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Por otra parte el artículo 15 del Convenio también constata que los pueblos originarios tienen el derecho a recibir indemnización por los daños ambientales, a la calidad de vida o a la salud que pueda causar la prospección y explotación minera. Así, el inciso 15:1 dice que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. En este sentido, Salgado y Gomiz señalan que:

“La indemnización por los perjuicios ocasionados debe ser establecida en todos los casos de daño y debe ser integral, incluyendo los perjuicios civiles, ambientales y culturales. Los pueblos son sujetos con derecho a indemnización, concepto que es más amplio que las comunidades directamente afectadas, ya que el daño ocasionado puede perjudicar la vida colectiva del pueblo indígena en su conjunto” (Salgado & Gomiz, 2010, pág. 224).

Finalmente el artículo 16 del Convenio se refiere al traslado de los pueblos indígenas para realizar un proyecto de inversión. En este sentido el artículo 16:1 señala expresamente que las comunidades indígenas no deben ser trasladadas de las tierras que ocupan. Los incisos 16:2 y 16:3 dicen que en el caso de que un traslado y reubicación sea inevitable, esto se debe hacer con su consentimiento y cuando sea posible ellos deberán volver a sus tierras al finalizar el proyecto. Cuando el traslado se haga, el artículo 16:5 dice que “deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”. La indemnización contempla que deberán recibir tierras de igual o mejor calidad que las que habitaban anteriormente y según Gomiz y Salgado “incluye gastos de traslado, formación de poblados con todos los servicios y compensación de todo perjuicio producido por la diferencia de valor o calidad de tierras recibidas” (Salgado & Gomiz, 2010, pág. 236).

No obstante todo lo anterior, aunque el Convenio reconoce derechos para los pueblos indígenas sobre la tierra y los recursos naturales y establece que los Estados deben consultar a las comunidades indígenas cuando se vean afectadas, tal como lo señalan los autores Andres Fernández Alemany y Cristhian De la Piedra, “el propio Convenio deja en claro desde el preámbulo que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

y tribales debe enmarcarse dentro de la legislación e institucionalidad vigente en cada país” (Fernández & De la Piedra, 2011, pág. 16).

1.7 Cómo la OIT supervisa la implementación del Convenio 169

El artículo 22 de la Constitución de la OIT es la herramienta que regula la presentación de memorias que deben hacer los países que ratifican convenios de dicho organismo internacional. La OIT supervisa la implementación del Convenio 169 a través del monitoreo de los informes que realizan los países ratificantes y solicitando información específica. Sin embargo, la OIT tiene las limitaciones propias de los organismos internacionales en tanto que carece de mecanismos a través de los cuales pueda exigir a los países miembros el cumplimiento de los convenios. De esta manera “los pronunciamientos que se emiten adoptan el lenguaje de evaluación: “toma nota con interés”, “acoge con agrado”, “lamenta tomar nota”, “manifiesta su profunda preocupación”, “solicita”, “insta”, o “requiere información”, “solicita se garantice la observación de ciertos derechos”, “alienta a seguir con esfuerzos”, “se ve obligado a reiterar”, etc. (Mereminskaya, 2011, pág. 230).

Los países miembros de la OIT presentan todos los años una memoria a la Oficina Internacional del Trabajo que explica el avance de la implementación de los convenios ratificados. Para el seguimiento de estos informes existe, desde 1926, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC). La CEARC está compuesta por 20 juristas o expertos independientes de distintos países, quienes se reúnen una vez al año y efectúan dos tipos de comentarios sobre los informes de los Estados: observaciones y solicitudes directas. Por un lado las observaciones son comentarios sobre cuestiones fundamentales para la aplicación de un convenio y son publicadas en los informes anuales de la CEARC. Estas observaciones pueden realzar los avances de los Estados sobre la aplicación de un Convenio o las preocupaciones que surjan al respecto. Pueden también incluir peticiones directas que se mandan a los gobiernos solicitando más información sobre temas específicos. Por otra parte, las solicitudes directas tienen que ver con temas técnicos o pedidos de información adicional y no son publicadas en los informes anuales sino comunicados directamente a los gobiernos en cuestión. El informe anual de la CEARC es entregado a la Conferencia Internacional del Trabajo y examinado

por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAN) de la Confederación Internacional del Trabajo, compuesto por delegados de los gobiernos, empleados y trabajadores. Los gobiernos mencionados en estos informes son invitados a responder a los comentarios de la Comisión de Aplicación. Finalmente la Comisión de Aplicación toma decisiones y hace recomendaciones a los gobiernos para solucionar problemas referidos a la aplicación de convenios. Adicionalmente, la OIT tiene un sistema de reclamos en contra de Estados cuando estos no cumplen con compromisos contraídos y que se rige por el artículo 24 de su Constitución. Los reclamos pueden ser presentados por una organización profesional de empleadores o de trabajadores y deben llegar al Consejo de Administración de la OIT por escrito. Cuando el reclamo es recibido, se designa un Comité Tripartito para que lo examine. Finalmente, las quejas, son presentadas por un Estado miembro de la OIT en contra de otro Estado a través de delegados que asisten a la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT (Mereminskaya, 2011, pág. 232).

En el caso específico del Convenio 169, después de la primera memoria, que debe ser presentada en el período de un año, se deben presentar los siguientes informes solo cada 5 años, a no ser que exista una situación especial que requiera de mayor seguimiento. En esas memorias, los Estados deben informar sobre las medidas que se adoptaron para poner en ejecución las normas relativas al Convenio en cuestión. Cabe señalar que los pueblos originarios no tienen acceso directo a los organismos de la OIT encargados de la supervisión de la aplicación de convenios, pero si pueden hacer llegar sus comentarios enviando información a la OIT, formando alianzas con trabajadores y empleadores o estableciendo procedimientos entre trabajadores e indígenas (OIT, 2010, pág. 13).

1.8 Chile y la ratificación del Convenio 169 de la OIT

Antes de abordar los detalles de la ratificación de Chile del Convenio, es interesante preguntarse por qué el país decidió efectivamente adherirse y no siguió el ejemplo de países como Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda que no lo han hecho teniendo poblaciones indígenas relevantes. Montt y Matta señalan al respecto que se trataría de países “*overcompliant*”, es decir que tienen sistemas domésticos “más desarrollados y favorables para los indígenas” y que por lo tanto no tendrían la necesidad de un “*check-*

and-balance” adicional como lo es el Convenio 169 (Montt & Matta, 2011, pág. 151). Ellos sostienen que estos países, ya cuentan con legislaciones que abordan la problemática indígena y las inequidades que las aquejan. En cambio países como Chile y varios otros de Latinoamérica y el mundo, no tienen estos mecanismos domésticos y la aprobación del Convenio 169 se debe a “la incapacidad que hemos tenido de idear y mantener una política indígena consistente a través del tiempo y que responda a las necesidades y características de nuestros pueblos originarios” (Montt & Matta, 2011, pág. 151).

Tal como habíamos señalado anteriormente, cuando un país ratifica el Convenio 169 de la OIT, debe adecuar sus políticas públicas y legislación interna para cumplir con los deberes del tratado internacional de “buena fe”. Así lo estipula el derecho internacional en virtud de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, la cual fue ratificada por Chile el 7 de febrero de 1990. De esta forma, con la ratificación del 169, el Estado de Chile debió iniciar un largo y difícil proceso para implementar el tratado y cumplir con las obligaciones pactadas. Más aún, al ser un tratado sobre derechos humanos, según la Constitución Política de la República⁴ queda integrado a la Constitución, con las garantías que reconoce el Estado de Chile para proteger los derechos fundamentales “y los jueces, frente a un conflicto de normas, deberían preferir las disposiciones del Convenio por sobre otras normas de rango infra constitucional” (Hervé & Pérez, 2011, pág. 29). Pese a lo establecido, el Tribunal Constitucional, que tiene como atribución el control de las normas de un tratado que tengan que ver con materias propias de leyes orgánicas constitucionales, ha reconocido la constitucionalidad del 169. Pero, en dos fallos, Tribunal Constitucional Rol 309 de 2000⁵ y Rol 1050 de 2008⁶, señaló que cuando los casos se refieren a los derechos sobre recursos naturales en tierras indígenas, se trata de disposiciones programáticas o no autoejecutables, lo que significa que se necesita de una reforma legal para su aplicación. En estos fallos, el Tribunal Constitucional estimó que el Convenio 169 tiene

⁴ El Artículo 5, inciso 2 de la Constitución Política de la República de Chile señala que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁵ Rol 309: Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio 169.

⁶Rol 1050: Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N°169 sobre pueblos indígenas.

normas autoejecutables y normas no autoejecutables, una clasificación de los tratados que proviene del Derecho norteamericano (Montt & Matta, 2011, pág. 158).

Las autoejecutables o “*self-executing*”, son aquellas normas que se pueden implementar sin que se requiera de una norma interna o medidas complementarias. En el Rol 309 del 2000, considerando 48, el Tribunal Constitucional señaló que las cláusulas autoejecutables de un tratado son aquellas que:

“Tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente” (Montt & Matta, 2011, pág. 159).

Por otra parte, en el Rol 309 se define a las cláusulas no autoejecutables como:

“Aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente de derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva” (Montt & Matta, 2011, pág. 159).

Tal como lo señala el experto en derecho internacional Antonio Remiro Brotons, “en la práctica los tratados combinan disposiciones auto-ejecutivas con otras que no lo son” (Remiro-Brotons, 2010, pág. 535). Estas últimas no entran en vigencia inmediata cuando el Presidente de la República ratifica un tratado (Considerando N°48, 2000). Este autor agrega que:

“El Derecho Internacional no determina qué órganos internos han de adoptar las medidas de desarrollo de una disposición no auto-ejecutiva. Corresponderá pues, al legislativo o al Ejecutivo según que, de acuerdo con el derecho interno del Estado, sea necesaria una ley o baste con una disposición reglamentaria” (Remiro-Brotons, 2010, pág. 355).

En síntesis, y tal como lo señaló el Tribunal Constitucional⁷, adoptando la doctrina que distingue entre las normas *self executing* y las *non self executing*, de los artículos en los que más nos enfocaremos en esta tesis (6, 7 y 15) por ser los relevantes para los proyectos de minería, podemos señalar que el artículo 6 N°1 letra a) y N°2 y el artículo 7 N°2 oración segunda se tratan de cláusulas autoejecutables. Cabe recordar que estas son las que establecen la consulta y participación indígena respectivamente. Sin embargo, aunque estas normas entraron en vigencia el 15 de septiembre de 2009, fue necesario reglamentarlas debido a la amplitud de los criterios establecidos en el Convenio 169 (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, pág. 3). En cambio, el artículo 15:2 del Convenio, se trata de una norma no autoejecutable porque alude al derecho de las comunidades indígenas a “participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades (prospección y explotación de los recursos existentes en sus tierras)”. Esto impuso al Estado de Chile la obligación de ajustar la normativa interna para cumplir con lo planteado en el tratado internacional.

La responsabilidad de garantizar los derechos estipulados en el Convenio 169 recae sobre el Estado, el cual debe tomar las medidas que sean necesarias para garantizar su implementación. Según el artículo 37, las medidas que tomen los Estados “deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

⁷ Véase Decreto Supremo (Mideplan) N°124 que Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N°19.253 a Fin de Regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, considerando 8°, “que una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6 N°1 letra a) y N°2, y 7 N°1 oración segunda del Convenio pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno” – Reglamento de Consulta y Participación.

CAPÍTULO II

LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 169 EN CHILE

2.1. Contexto legal

La actual Constitución Política que rige en Chile fue promulgada en 1980 por la Junta Militar mediante el Decreto Supremo 1.150 y establece derechos fundamentales que protegen, por ejemplo el derecho a la propiedad, la educación y la salud pero no incluye un reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas. Desde entonces la Constitución ha tenido varias enmiendas, entre las cuales cabe señalar la adhesión al derecho internacional de los derechos humanos. Durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos se realizaron sesenta reformas a la Constitución pero en esa ocasión fue rechazado el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Durante el primer año del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, el mandatario comprometió el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, aunque la promesa finalmente no fue cumplida (Sanhueza, Saver, Cavallaro, & Contesse, 2013, págs. 24-28).

A mediados de la década de los ochenta los distintos pueblos indígenas en Chile comenzaron a expresar su rechazo hacia las políticas de asimilación que llevaba a cabo el gobierno militar y también se unieron a otras organizaciones sociales y políticas para buscar la recuperación de la democracia. De esta manera en diciembre de 1989 un importante movimiento mapuche, aymara y rapa nui firmó, con la Concertación de Partidos por la Democracia, el llamado Acuerdo de Nueva Imperial donde dieron su apoyo al esfuerzo por restablecer la democracia a cambio del compromiso de obtener reconocimiento legal de derechos indígenas para buscar sus propias formas de desarrollo. De esta forma el Gobierno del entonces presidente Patricio Aylwin impulsó un proceso participativo de elaboración de tres iniciativas que fueron enviadas al Congreso Nacional en 1991 para su debate. La primera propuesta fue un proyecto de ley sobre pueblos indígenas, la segunda un proyecto de reforma a la Constitución Política de 1980 relativa a los pueblos indígenas y la tercera un proyecto para ratificar el Convenio 169.

En octubre de 1993 y luego de varias modificaciones al proyecto inicial, el Congreso aprobó la Ley 19.253⁸ sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (conocida como Ley Indígena). Las otras dos propuestas no tuvieron apoyo en el Parlamento y tuvieron que pasar casi 20 años para la ratificación del Convenio 169 (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, págs. 160-161). La Ley 19.253 instauró un procedimiento para que los indígenas se constituyan legalmente en comunidades y de esta manera poder acceder a ciertos beneficios económicos y prestaciones. También estableció disposiciones para la protección de tierras indígenas y creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), organismo encargado de implementar la política pública indígena en el país. Asimismo, esta Ley contempla una norma de participación indígena que al momento de la ratificación del Convenio 169 pasó a ser formalmente reglamentada a través de un decreto Ejecutivo (Sanhueza, Saver, Cavallaro, & Contesse, 2013, pág. 27).

La Ley Indígena, cuyas disposiciones fueron inspiradas en el Convenio 169, reconoce a los indígenas como sujetos colectivos e individuales. Busca además poner fin a la discriminación, promover su cultura y participación en la sociedad y proteger sus tierras. En su Artículo 1 inciso 1° señala que:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”.

Respecto a los deberes de la sociedad y del Estado, el Artículo 1, Inciso 3° señala que estos deben:

“Respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

“Adicionalmente, tanto el Convenio 169 como la Ley Indígena, incorporan como una característica esencial la autodeterminación, reconociendo que la conciencia de la identidad

⁸ La Ley Indígena 19.253, está disponible en línea <http://bcn.cl/1lzcg>

indígena constituye un criterio fundamental para determinar a quienes se consideran indígenas” (Abogabir M. , 2014, pág. 13). En tanto, el artículo 4 se refiere al desarrollo de los pueblos indígenas y señala que los Estados:

“Deberán adoptar medidas de salvaguarda de las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente de los pueblos indígenas, orientadas a promover su desarrollo”.

Otros artículos relevantes contemplados en la Ley son por ejemplo, los 26 y 27 que establecieron las llamadas Áreas de Desarrollo Indígena (ADI); el artículo 29 letra c que reconoce el derecho de las comunidades a ser consultadas y a otorgar su consentimiento en forma previa a la excavación de sus cementerios históricos y el artículo 39 que establece que una de las principales funciones de la CONADI es promover e impulsar la participación de las personas y comunidades indígenas en la vida nacional.

Específicamente respecto a la consulta, la Ley Indígena solamente menciona la participación de los pueblos indígenas de manera muy general. El artículo 34 que establece el deber de los servicios de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando existen medidas a tomar en sus territorios. En tanto el artículo 35 establece la participación de las comunidades existentes en la administración de las áreas silvestres protegidas por el Estado.

Como podemos ver, la Ley Indígena no entrega indicaciones sobre procedimientos para consultar y no establece diferencias entre participación y consulta como lo hace el Convenio 169. Lo que si hace es establecer procedimientos de participación en materias relacionadas con temas indígenas y señala que deberán participar en la CONADI (artículo 47).

En cuanto al tema de las tierras indígenas, tanto el Convenio 169 como la Ley Indígena lo consideran un asunto central. El artículo 13 del Convenio da particular importancia a la relación de los pueblos originarios con sus tierras o territorios y la Ley Indígena reconoce que las tierras son el fundamento de su cultura y existencia. En este sentido, algunos artículos relevantes de la Ley Indígena son:

Artículo 1: establece que es deber del Estado y de la sociedad proteger las tierras indígenas;

Artículo 12: crea el concepto de “tierras indígenas”;

Artículos 13 al 19: establecen el estatuto de protección de tierras indígenas;

Artículo 20: establece la creación del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para financiar mecanismos para solucionar problemas de tierras y la entrega de subsidios;

Artículo 55: describe el procedimiento judicial y de conciliación en los conflictos de tierras con abogados de la CONADI;

Artículo 56: establece un procedimiento judicial especial cuando hay litigio sobre tierras indígenas.

El tercer instrumento de contexto legal que pavimentó el camino hacia la aplicación del Convenio 169 es la ley de bases del medio ambiente que dictó el Congreso Nacional en 1994 para canalizar la evaluación de proyectos de desarrollo e inversión. Esta ley estableció un sistema de evaluación con criterios distintos para proyectos dependiendo del impacto que estos tuvieran en el medio ambiente; La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para proyectos sin impacto que no contempla consulta ciudadana ni indígena y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para proyectos con afectación mayor que si contempla consulta ciudadana y también una consulta indígena separadamente y con las disposiciones del Convenio 169. Este sistema de evaluación será explicado con mayor detalle más adelante.

2.2 La regulación utilizada en Chile

Aunque en Chile el Convenio 169 de la OIT entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009, el país todavía no cuenta con una regulación consensuada entre el Gobierno y las comunidades indígenas para su implementación. El 4 de septiembre de 2009, solo 11 días antes de la entrada en vigencia del Convenio, el Ministerio de Planificación de la época (Mideplan), emitió el Decreto Supremo N°124 para regular la consulta y la participación de los pueblos originarios. En este proceso, las comunidades indígenas no fueron consultadas y por lo tanto rechazaron la regulación por completo, alegando falta de legiti-

midad conforme a lo estipulado en el Convenio. También se le consideró restrictivo y poco flexible. A este cuestionamiento se le ha llamado falta de “consulta a la consulta” (Carcelen & Mir, Consulta Previa, Case Study Chile, 2014, pág. 63) y el resultado fue la eventual derogación del D.S. 124. Para mejorar la aplicación del Convenio 169, el 2013 se establecieron concretamente dos nuevos instrumentos o regulaciones para la consulta indígena: El Decreto Supremo N°66/2013 y el Decreto Supremo N°40/2013 del Ministerio de Medio Ambiente que a continuación pasaremos a explicar.

2.3 El Decreto Supremo N°66

Para remediar este intento fallido de implementar la consulta indígena, en marzo del 2011 el Gobierno del ex Presidente Sebastián Piñera, a través del Ministerio de Desarrollo Social, inició un proceso de consulta para acordar la forma de implementar el derecho a consulta de los pueblos indígenas denominado “Consulta sobre Institucionalidad Indígena” contenido en el D.S. N°66 del Ministerio de Desarrollo Social aprobado el 13 de noviembre de 2011 en reemplazo del D.S. N°124. El Decreto Supremo N°66 considera que la entrada en vigencia del Convenio 169 requiere de un procedimiento administrativo especial y de aplicación general, que permita fijar la implementación del artículo N°6 que:

“Consagra el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

El proceso fue participativo e incluyó talleres y apoyo técnico y legal para asegurar la participación informada de distintas organizaciones indígenas de todo Chile. Según los abogados Jerónimo Carcelén y Valentina Mir, el proceso siguió los procedimientos exigidos por el Convenio 169 y los principios de buena fe (Carcelen & Mir, 2014, pág. 63). El proceso finalizó en agosto de 2013 después de realizar 298 encuentros, reuniones y talleres de difusión y diálogo con comunidades indígenas. Al proceso se invitaron todos los pueblos indígenas de Chile y sus organizaciones representativas que contaron con el apoyo logístico y técnico del Gobierno de Chile. Después de dos propuestas formales del Gobierno y 11 contra propuestas de los pueblos indígenas, se dio inicio el 12 de marzo de

2013 a la llamada “Mesa de Consenso” en la que participaron representantes de todos los pueblos indígenas que decidieron participar y representantes del Gobierno, esto con el objetivo de revisar las propuestas e intentar llegar a un acuerdo. A la “Mesa de Consenso” también fueron invitados como observadores el Sistema de Naciones Unidas y el Instituto de Derechos Humanos. La mencionada Mesa finalizó al cabo de cinco meses de reuniones, el 6 de agosto de 2013, con la redacción del texto de “Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena”. Según el texto oficial del D.S. N°66:

“Se desarrolló un proceso de consulta para establecer un mecanismo de consulta indígena, propiciando el diálogo y garantizando la participación de los pueblos indígenas, convocando e invitando a todos los pueblos y sus organizaciones representativas, sin discriminación ni restricción alguna. De igual forma, cada uno de ellos tuvo completa libertad para definir sus propios representantes y quiénes los asesorarían en este largo proceso, iniciado el año 2011” (MinisteriodeDesarrolloSocial, 2013).

Sin embargo, y pese al extenso procedimiento, la consulta terminó sin consenso respecto a tres temas fundamentales:

- (1) definición de afectación de comunidades indígenas por una medida legislativa o administrativa,
- (2) los tipos de medidas administrativas sujetas a consulta previa y
- (3) los proyectos de inversión que deben someterse a procesos de consulta previa (Aninat, Abril 2014, págs. 1-11).

Como veremos más adelante, los tres puntos son fundamentales en las consultas que involucran grandes proyectos de inversión minera.

Entre las disposiciones generales más relevantes del D.S. N°66, destacamos el artículo 1° donde se señala que el objetivo del reglamento es ejecutar el derecho de consulta a los pueblos indígenas a través de un procedimiento establecido en dicho Decreto Supremo. El artículo 2° señala que la consulta es deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas que se puedan ver afectados por alguna medida legislativa o administrativa. En el artículo 3° se establece que el órgano responsable de realizar la consulta debe hacer todos los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento de los pueblos indígenas afectados. En el artículo 4° se

destaca que el reglamento de consulta se aplica a los ministerios, gobiernos regionales, gobernaciones y servicios públicos. El artículo 6° define que la consulta se hará con los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas nacionales, regionales o locales. Particularmente importante para la materia de esta tesis es el artículo 7° sobre las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. En este sentido señala que las medidas legislativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas son los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional que puedan impactarlos. También las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas califican para consulta. Por otra parte, las medidas que se dicten en situaciones de excepción o emergencia tales como en casos de terremotos, maremotos, inundaciones o cualquier catástrofe natural no requieren de consulta indígena. Tampoco requieren consulta indígena las medidas administrativas y los trámites que no tienen afectación directa a los pueblos indígenas. En el artículo 8° se constata que los proyectos de inversión que ingresan al Sistema de Evaluación Ambiental, según lo establecido en la Ley N° 19.300, realizarán la consulta indígena, cuando corresponda, de acuerdo a la normativa del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Además se señala que el proceso de consulta en estos casos a cargo de la autoridad ambiental podrá contar con la asistencia técnica de la CONADI.

2.3.1 Los principios y procedimiento de la consulta según el Decreto Supremo N°66

En cumplimiento con lo establecido por el Convenio 169 que consagra el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cuando existan medidas que los afecten, se incorporó en el D.S. N°66 un capítulo específico sobre el procedimiento de consulta para su aplicación cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente. Este mecanismo fue establecido después de un proceso de consulta indígena cuya finalidad fue consensuar la aplicación de la consulta. Este proceso, al cual nos referiremos en el capítulo IV, duró tres años y culminó el 15 de noviembre de 2013 cuando el entonces presidente Sebastián Piñera, promulgó el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social. A continuación se presenta un resumen de los procedimientos sobre la consulta indígena contenidos en el D.S. N°66;

Artículo 3° - Este artículo señala expresamente que “El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados...” a través de los procedimientos establecidos en el D.S. 66. El artículo dice además que el deber de consulta se verá como cumplido “aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo”.

Artículo 7° - establece que una medida administrativa deberá ser consultada cuando exista la posibilidad de que produzca una afectación directa a los pueblos indígenas. También señala expresamente que aquellas medidas administrativas que no producen afectación directa a los pueblos indígenas, no estarán sujetas a consulta.

Artículo 8° - especifica que las medidas que califican ambientalmente un proyecto de inversión y que a la vez puedan afectar a los pueblos indígenas, deben ser consultados según la normativa contenida en el Sistema de Evaluación Ambiental (SEIA), que describiremos en la siguiente sección.

Artículo 9° - constata que la buena fe es un principio rector de la consulta, es decir que las partes deben actuar leal y correctamente para intentar llegar a un acuerdo o consenso respecto a la materia consultada. En particular, el Estado debe actuar con debida diligencia, es decir disponer de los medios que generen las condiciones para la participación igualitaria de los pueblos indígenas.

Artículo 10° - El procedimiento de consulta contenido en el artículo 16 se debe aplicar de manera flexible, ajustándose a las características culturales y costumbres específicas y únicas de los pueblos originarios consultados.

Artículo 11° - la consulta deberá ser previa, es decir llevarse a cabo con la debida antelación a las medidas consultadas de manera que las comunidades indígenas puedan influir efectivamente en las medidas que las afecten. Para ello, el órgano responsable de llevar a cabo la consulta deberá realizarla antes de las medidas legislativas y previo al envío al Congreso del mensaje del presidente de la República.

Artículo 12° - El órgano del Estado responsable de realizar la consulta deberá coordinar y ejecutar el proceso. En este sentido, el órgano estatal encargado de realizar la consulta

también debe financiar el proceso. Adicionalmente estos organismos pueden recurrir a la CONADI para ayuda en este sentido.

Artículo 13° - Este artículo establece el procedimiento administrativo a través del cual los organismos públicos y las personas pueden consultar al organismo estatal encargado de la consulta indígena respecto a la pertinencia de desarrollar un proceso de consulta indígena. Se podrá pedir un informe de procedencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social.

Artículo 14° - El rol de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) en el proceso de consulta es particularmente importante y así lo deben entender las empresas mineras que están planificando un proyecto de inversión. El caso del proyecto el Morro, como veremos en el capítulo III revela este punto con claridad. Según este artículo, es la CONADI que está encargada de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor de las comunidades indígenas. Deberá también aportar información técnica para la realización de la consulta tal como la identificación de las comunidades y organizaciones representativas.

Artículo 15° - Este artículo describe como se inicia y convoca a una consulta. El proceso de consulta se inicia con la convocatoria a la reunión para planificar el proceso de consulta por parte del órgano responsable de los pueblos indígenas. La convocatoria se hace a través de la publicación en un diario de circulación en la región donde viven las comunidades afectadas y la reunión se llevará a cabo al menos 15 días después de la última publicación. Entre la primera y segunda publicación debe existir un plazo no menor a cinco días. La publicación también deberá estar presente en las páginas web del órgano responsable y de la CONADI. Las comunidades indígenas registradas recibirán carta de convocatoria formal y la convocatoria se hará también a través de otros medios adecuados como radios, oficios en las municipalidades etc. También la convocatoria debe hacerse en español y en el idioma de las comunidades indígenas en cuestión. Finalmente la convocatoria tiene que señalar claramente el motivo de la consulta, el día, la hora y lugar de la etapa de planificación e incluir un teléfono y correo electrónico para hacer preguntas si fuera necesario.

Artículo 16° - Este artículo explica las cinco etapas que debe incluir el procedimiento de consulta indígena:

- Etapa de planificación, también conocida como etapa metodológica del proceso de la consulta en la que se entrega información preliminar sobre la medida a consultar, se define el rol de las partes en el proceso de consulta, se determina en conjunto la metodología del proceso, la forma de registrarlo y si habrá presencia de observadores o mediadores. Respecto a la metodología, esta deberá incluir la forma de intervenir en la consulta, el proceso de formalizar los acuerdos, los lugares y plazos y los mecanismos de difusión. La etapa de planificación debe tener al menos 3 tres reuniones en las que se entrega información sobre la medida a consultar, se deciden los participantes y la metodología y una tercera para consensuar las decisiones. Las comunidades indígenas podrán contar con el tiempo necesario para tomar estas decisiones internamente. La metodología elegida debe quedar escrita en un acta oficial firmada por los participantes. Si no hay acuerdo respecto a algunos de estos elementos nombrados, quedará expresamente indicado en el acta.
- La segunda etapa consiste en la entrega de información, justificación y difusión del proceso de consulta además de los alcances de esta misma. Esta información se deberá entregar oportunamente en el idioma del pueblo indígena y a través de procedimientos adecuados. Finalmente la información debe ser siempre actualizada en los sitios web de la CONADI y del Ministerio de Desarrollo Social.
- La siguiente etapa es de deliberación interna de las comunidades indígenas para que ellos puedan analizar y estudiar las medidas presentadas y luego puedan determinar su posición al respecto.
- La siguiente etapa de diálogo sirve para generar acuerdos sobre la medida consultada a través del debate y la argumentación. No existe un plazo fijo y se deberá respetar los métodos de toma de decisiones que tienen las comunidades indígenas. Esta etapa también cuenta con un acta.
- La última etapa consiste en la sistematización, comunicación de resultados y el término del proceso de consulta.

Artículo 17° - Plazos: cuando se trata de medidas legislativas, las etapas de la consulta se deben iniciar por mensaje del Presidente de la República y se deben llevar a cabo en plazos no superior a 25 días hábiles. Cuando se trata de medidas administrativas, las etapas se deben ejecutar en plazos no superior a los 20 días hábiles.

Artículo 18° - Si ocurren obstáculos o problemas en la ejecución de la consulta, el proceso se puede suspender por parte del órgano ejecutante o a través de una solicitud de las comunidades indígenas. La suspensión de consulta no puede ser superior a los 15 días hábiles. Al cabo de ese tiempo el proceso se debe reanudar.

Artículo 19° - El proceso de consulta deberá estar debidamente documentado mediante informes escritos y electrónicos. En el caso de la negativa de una comunidad a participar en la consulta, esto debe quedar documentado. Comunidades indígenas adicionales se pueden sumar al proceso en cualquier etapa de la consulta pero respetando el procedimiento establecido y al final de la consulta habrá un informe final.

En cuanto a la definición de quienes podrán participar en una consulta indígena, el Convenio señala que pueden participar en los procesos de consulta todas las organizaciones que los propios indígenas afectados por una medida designen como sus instituciones representativas. Estas organizaciones están reconocidas por la Ley Indígena, pero también pueden ser otras organizaciones reconocidas por los propios pueblos originarios. La CONADI es la organización con la responsabilidad de acreditar si una persona es o no indígena, otorgar la Personalidad Jurídica a las Comunidades y Asociaciones Indígenas y llevar un registro para ayudar su identificación. Sin embargo, la participación indígena no está limitada solamente a las organizaciones registradas por CONADI.

En cuanto al financiamiento de estudios que pudieran requerir las comunidades indígenas para complementar la información presentada en una consulta, no existe un fondo especial para estas asesorías. Sin embargo, tres instituciones del Estado tienen presupuestos que se pueden usar para este fin:

- En primer lugar existe la Unidad de Convenio N° 169 de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena cuyo objetivo principal es difundir el contenido y alcance del Convenio a los pueblos indígenas y a los distintos Servicios Públicos.

- En segundo lugar, en el Servicio de Evaluación Ambiental, hay desde el 2014 un presupuesto reservado especialmente para temas indígenas, en la administración de procesos de evaluación de impacto ambiental.
- En tercer lugar, la Unidad de Asuntos Indígenas que depende de la Subsecretaría de Servicio Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, cuyo objetivo es velar por la implementación del Convenio 169 en Chile.

2.4 El Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o Decreto Supremo 40

Además del Convenio 169, el marco regulatorio en Chile relacionado con la implementación de la consulta indígena contempla dos cuerpos normativos. En primer lugar, la Ley N°19.253 del 5 de octubre de 1993 que establece normas sobre la protección, el fomento y el desarrollo de los indígenas y como ya hemos señalado crea la CONADI. Esta Ley incluye obligaciones a los órganos del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto a los asuntos que los afecten. Sin embargo no establece la manera en que esto debe hacerse. En segundo lugar, para la implementación de la consulta indígena existe la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente de 1 de marzo de 1994 aprobada el 12 de enero de 2010 y que reconoce la obligación de los órganos del Estado, con competencia ambiental, de contribuir al desarrollo de los pueblos indígenas según lo establecido en el Convenio 169. En el artículo 4° esta ley se concilia la legislación ambiental con la legislación indígena y señala que:

“Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradicionales 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”.

La Ley 19.300 otorga también competencia al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), a realizar la consulta indígena cuando pueden ser afectados por proyectos mi-

neros. Con este marco regulatorio como base, se crearon dos instrumentos para la implementación de la consulta en Chile:

(1) El ya mencionado Decreto Supremo 66 o Reglamento de Consulta Indígena que regula la implementación del Convenio para cualquier medida que no sea un proyecto de inversión.

(2) El Decreto Supremo N°40⁹ del 30 de octubre de 2012 que aplica el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Reglamento SEIA) que obliga a los proyectos de inversión a una consulta indígena distinta de la participación ciudadana que normalmente se hace en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Según este reglamento:

“CONADI tiene competencia ambiental en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad con el artículo 24 de su reglamento, constituyéndose como uno de aquellos organismos de la administración pública que emiten informes que deben ser considerados en la evaluación ambiental de los proyectos ingresados al sistema ambiental. En ese contexto, la CONADI tiene la obligación de emitir informes fundados en los cuales se exprese concretamente, el deber de protección de los pueblos indígenas y sus tierras, en especial, al considerar la particular relación que tienen dichos pueblos con la tierra” (Abogabir M. , 2014, págs. 22-23).

Como explicaremos más adelante al describir el proceso que llevó a la redacción del nuevo Reglamento en lo que se llamó “consulta a la consulta”, este instrumento ha sido cuestionado por las comunidades indígenas ya que estas consideran que no fue consultado conforme al Convenio 169 y por lo tanto no cuenta con la legitimidad necesaria.

2.4.1 Evaluación de Impacto Ambiental vs Declaración de Impacto Ambiental

Conforme a la Ley 19.300, cuando un proyecto de inversión se va a realizar e ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, debe seguir uno de dos caminos. El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) se requiere cuando un proyecto de inversión puede tener un impacto sobre el medio ambiente. En el caso de los proyectos mineros, esto depende-

⁹ Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia

rá de las toneladas de producción de mineral al mes. Así, se requiere un EIA cuando un proyecto minero producirá más de cinco mil toneladas de mineral al mes. Por otra parte, se requerirá una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) cuando no hay impactos ambientales anticipados en un proyecto, es decir cuando la producción de mineral es menor a cinco mil toneladas al mes.

Después de determinar el impacto ambiental de un proyecto (favorable o no favorable) el gobierno debe emitir una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) (Carcelen & Mir, 2014, pág. 64). La consulta indígena solamente se lleva a cabo en casos en los que se haga una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) pero no es requerida en proyectos que deben presentar una DIA. Aquí cabe hacer un paréntesis para analizar un importante cuestionamiento que hacen los pueblos originarios a este sistema de evaluación de proyectos. Según la Ley Ambiental 19.300, para que un proyecto ingrese al proceso de evaluación ambiental con un EIA y por lo tanto con consulta indígena, según su artículo N° 10, es necesario que se trate de proyectos susceptibles de causar impactos ambientales u ocasionen externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación. Sin embargo, tal como lo han señalado los pueblos originarios, este instrumento legal no considera impactos socioculturales en comunidades indígenas, y al no hacerlo, también descarta la posibilidad de consultas indígenas para proyectos sometidos a Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA). Se trata entonces de un proceso que desde sus inicios ya cuenta con serios cuestionamientos de comunidades indígenas que se puedan sentir afectados por medidas que no se someterán a consultas indígenas y que por lo tanto no están en conformidad con el Convenio 169.

El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental normado por el Decreto Supremo 40 de 2013 establece las disposiciones mediante las cuales se regirá la evaluación ambiental y la participación de la comunidad conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Para comprender de manera simple como funciona el ingreso de un proyecto a evaluación ambiental, ver el diagrama de flujo presentado a continuación. En su artículo N°3, este instrumento define los tipos de proyectos o actividades que pueden causar impactos ambientales y que por lo tanto deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Aquí es donde están claramente tipificados en el artículo N°3 (i) los proyectos de desarrollo minero incluidos los

de carbón, petróleo, gas, las prospecciones y explotaciones, las plantas procesadoras, disposiciones de residuos y estériles¹⁰ y la extracción de áridos (Ministerio-del-Medio-Ambiente, 2013). Los grandes proyectos mineros, que como ya señalamos, deben siempre someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tienen que presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), esto porque los proyectos mineros de esta envergadura siempre generan un impacto en la zona donde son construidos. Dichos impactos pueden incluir aumento de ruidos y de contaminación ambiental, efectos sobre los recursos naturales renovables como el suelo, agua y aire, efectos sobre la flora y la fauna, efectos causados por el uso y manejo de residuos químicos, impactos sobre el volumen o caudal de los recursos hídricos y efectos sobre grupos humanos, incluidos los pueblos indígenas. En todos estos casos se entenderá entonces que el proyecto minero es susceptible de afectarlos.

¹⁰ Los proyectos de disposición de residuos y estériles en la minería son aquellos que dispongan del material resultante de la extracción de minerales como por ejemplo estériles, minerales de baja ley, residuos de minerales tratados, relaves y escorias.

PROCESO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS MINEROS



2.4.2. La susceptibilidad de afectación directa

Uno de los cuestionamientos más importantes que han hecho las comunidades indígenas a la regulación que aplica la consulta del Convenio 169 es la llamada susceptibilidad de afectación directa y la falta de acuerdo que existe sobre cómo definir este término que está en el Convenio. Recordemos que según el artículo N° 6 del Convenio, los Estados deben consultar a los pueblos originarios cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Esta problemática es determinante cuando existen proyectos mineros que deben realizar consultas indígenas en su Estudio de Impacto Ambiental ya que la limitación y definición de dicho concepto es justamente lo que iniciará un proceso de consulta. En la discusión que se hizo sobre el reglamento para regular la consulta, los pueblos indígenas intentaron que el concepto de afectación directa fuera lo más amplio posible y finalmente no hubo acuerdo al respecto. En definitiva, para los proyectos mineros que deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un EIA, la afectación directa existe, según el Decreto Supremo 40/2014, Artículos 7°, 8° y 10°, en los siguientes casos:

- 1) Reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos indígenas,
- 2) La localización y el valor ambiental del territorio y
- 3) La alteración del patrimonio cultural, que incluye consideraciones especiales respecto de los pueblos indígenas.

Para las comunidades indígenas esta definición es vaga y permite dejar sin consulta temas que a menudo van de la mano con la construcción y operación de un proyecto minero, como lo son las concesiones eléctricas y los derechos de aprovechamiento de agua. La experta Isabel Aninat explica esto de la siguiente manera:

“Cabe señalar que el reglamento sólo cubre al Gobierno y no a los otros poderes del Estado o a los órganos constitucionalmente autónomos. Con esto, por ejemplo, la aplicación de la consulta indígena en el otorgamiento de concesiones mineras, dado que no constituyen una medida administrativa o legislativa y que son otorgadas por el Poder Judicial, ha quedado fuera del espectro de la consulta” (Aninat, Abril 2014, pág. 5).

En la práctica lo que ha pasado en Chile es que se ha dado un especie de aprendizaje de ensayo y error. Para aquellas empresas mineras que han sido más visionarias y que desarrollaron diálogos tempranos con las comunidades afectadas, lograron buenos acuerdos para todas las partes como es el caso de Lobo Marte de la empresa minera Kinross que describiremos más adelante en el capítulo de buenas prácticas. Pero en el caso de Minera Cerro Colorado, actualmente afectada por un proceso judicial, se ha producido una diferencia con las comunidades indígenas en la definición de la susceptibilidad de afectación directa. La empresa, siguiendo con el reglamento ambiental, presentó una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), no sujeta a consulta indígena. Las comunidades indígenas aledañas al proyecto presentaron un recurso judicial alegando que debieron presentar un Estudio de Impacto Ambiental que obligaría a una consulta indígena. Los detalles de este proyecto son presentados en el capítulo III. En definitiva lo que ocurre es que esta dificultad para definir la afectación directa repercute en todos los actores de la consulta indígena. Los titulares de proyectos que a menudo deben declarar afectación de comunidades por el solo hecho de que estas se encuentren cercanas a los proyectos, incluso si no existen efectos directos sobre estas personas. Según Matías Abogabir:

“Esta precaución se debe a que las normativas que regulan la consulta a los pueblos indígenas se encuentran vigentes hace pocos meses, no existiendo jurisprudencia o experiencia suficiente que entregue confianza respecto de cómo serán interpretadas, considerando además, que en los últimos años los Tribunales han dictado un número importante de fallos revirtiendo las decisiones de la autoridad, por no considerar la realización de procesos de consulta indígena” (Abogabir M. , 2014, pág. 98).

De la mano con la afectación directa se puede mencionar también que según la información disponible en el sitio web del SEIA, existe una falta de información sobre los procesos de consulta indígena en ejecución. Por ejemplo, sobre el proyecto RT Sulfuros que actualmente está realizando la consulta, no hay información alguna disponible. En el caso de procesos ya finalizados, a menudo tampoco se pueden encontrar disponibles públicamente los informes finales que la norma exige y solamente se puede acceder a los ICASA-RA. Paralelamente hay dificultad para encontrar información pública y detallada sobre los pueblos indígenas ubicados en distintas zonas donde podrían realizarse proyectos mineros. Para que las empresas puedan incluir a todos los pueblos originarios en sus actividades de relacionamiento temprano desde mucho antes de la presentación de un EIA, esta

información es clave y debe incluir datos de actividades, tierras y territorios y lugares de importancia cultural. Consideramos que esta información debiera ser proporcionada por organismos del Estado en un completo catastro oficial con fácil acceso público.

2.4.3 El Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

El artículo 11 de la ley 19.300 establece la obligación de presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) cuando un proyecto de inversión genera impactos ambientales significativos. En términos generales, un EIA deberá incluir información para determinar si se modifica un proyecto ya existente o si se trata de un proyecto nuevo. También los titulares de proyectos deberán describir en que forma su proyecto se relaciona con las políticas, planes y programas de desarrollo regional y comuna del área de influencia del proyecto y si estos se verán impactados de manera positiva o negativa. Asimismo, el artículo 17 señala que los proponentes de los proyectos deberán informar a la autoridad ambiental si antes o durante el ingreso al proceso de evaluación, se han realizado negociaciones con los interesados para acordar posibles medidas de compensación o mitigación ambiental. En el evento de existir tales acuerdos, éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto.

En cuanto a los contenidos de un EIA, estos deben incluir al menos:

- Un resumen del estudio.
- Un índice de capítulos.
- Deberá ser redactado de manera comprensible para personas no expertas.
- Debe señalar claramente los impactos ambientales.
- Indicar las partes, obras y acciones del proyecto.
- Indicar la mano de obra requerida.
- Señalar las emisiones e impactos sobre recursos naturales.
- Identificar los plazos de construcción y cronograma.
- Detallar el manejo de los productos generados, el manejo de residuos, descripción de la fase de cierre del proyecto.
- Describir la determinación y descripción del área de influencia.

- Incluir los estudios de línea base¹¹.

En forma muy resumida, el procedimiento de un EIA incluye la publicación electrónica (disponible públicamente) y edición de un expediente físico del proyecto que contenga todos los documentos o piezas relacionados con la evaluación de impacto ambiental. La evaluación ambiental de un EIA corresponde a aquellos organismos que tengan atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto. También serán consultados los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y la autoridad marítima competente según corresponda. Para el proceso de evaluación de un EIA las Direcciones Regionales del Servicio (Seremis) conformarán un Comité Técnico presidido por el Secretario Regional Ministerial del Medio Ambiente además de los Directores Regionales de los servicios públicos que tengan competencia en materia de medio ambiente y el Gobernador Marítimo y Consejo de Monumentos Nacionales si corresponde. Este comité técnico denominado Comisión de Evaluación Ambiental (CEA), conformado por unas 30 personas, será responsable de evaluar el Estudio de Impacto Ambiental en cuestión, con cada miembro generando las preguntas según su especialidad. Por ejemplo, el Seremi de salud evaluará si el proyecto genera impacto en la salud de las personas ya sea por contaminación u otros factores, el Seremi de Obras Públicas determinará si hay daño o interferencia a caminos y parques y la CONADI determinará si hay pueblos indígenas afectados. En esta etapa, los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental que participan en la evaluación del EIA, tienen treinta días para pronunciarse sobre si el proyecto en cuestión cumple o no con la normativa ambiental, incluyendo los permisos sectoriales y pedir aclaraciones o información adicional si así lo consideran necesario. Si los órganos competentes, con información fundada, consideran que el EIA presentado carece de información relevante o esencial para su evaluación, el procedimiento de evaluación se finalizará. En cambio, si el Servicio no requiere de aclara-

¹¹ La línea base de un proyecto deberá describir detalladamente el área de influencia de un proyecto de desarrollo con el fin de evaluar los impactos que pudieran generarse sobre el medio ambiente. Esta descripción debe incluir el medio físico como la atmósfera, calidad del aire, niveles de ruido, luminosidad y características químicas del suelo, el nivel de vibraciones existentes, la calidad del agua superficial y subterránea, los glaciares. También debe incluir descripción de los ecosistemas y análisis de plantas y suelo, hongos, animales silvestres con su ubicación, distribución, diversidad y abundancia. Incluye una descripción del uso del suelo y su capacidad, las actividades económicas y productivas y construcciones relevantes. La línea base incluye una descripción del medio humano, dimensión geográfica, distribución de grupos humanos, características étnicas, culturales y socioeconómicas así como el uso que hacen de los recursos naturales, sus estructuras organizacionales el patrimonio indígenas, incluyendo los lugares o sitios en que se llevan a cabo manifestaciones propias de su cultura o folklore, identidad grupal de los elementos culturales, sistema de valores, ritos comunitarios, símbolos de pertenencia grupal.

ciones, se elaborará el Informe Consolidado de Evaluación, el que deberá contener los pronunciamientos ambientales fundados de los organismos con competencia que participaron en la evaluación además de las observaciones que hicieron las comunidades durante los procesos de participación (incluyendo consulta indígena cuando corresponde). El Comité entonces hará sus cuestionamientos a través de dos ICSARA y la empresa dará sus respuestas a través de dos Adendas.

Según el artículo 59°, cuando se finalice el proceso de retroalimentación y observaciones, se haya elaborado el Informe Consolidado de Evaluación y este se encuentre publicado en la página web del Servicio, procede entonces convocar a la Comisión de Evaluación para decidir sobre la calificación ambiental del proyecto en cuestión. La Comisión podrá resolver si el proyecto cumple o no con la normativa ambiental, es decir si el proyecto califica ambientalmente. Si la calificación ambiental es desfavorable, no se podrá llevar a cabo el proyecto. Si la calificación ambiental es favorable se le otorga la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) y el proyecto se podrá ejecutar cumpliendo con los permisos sectoriales y las medidas de mitigación, reparación y compensación que incluye el EIA.

2.4.4 La consulta indígena en el Estudio de Impacto Ambiental

El artículo N°85 del Reglamento Ambiental se refiere específicamente a la consulta indígena.

“En el caso que el proyecto genere o presente alguno de los efectos características o circunstancias indicados..., en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá.....diseñar y desarrollar un proceso de consulta de 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” (Ministerio-del-Medio-Ambiente, 2013).

Como podemos ver, el Reglamento señala específicamente que es el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), quien debe identificar a las comunidades indígenas a ser consultadas, así como llevar a cabo el proceso de consulta indígena. Aquí se presenta

un nuevo problema para la realización de la consulta y a la vez un cuestionamiento que han hecho las comunidades indígenas al Reglamento Ambiental, lo que ha tenido efectos negativos para los proyectos mineros. Se trata de la forma en que se van a determinar cuáles son las instituciones indígenas representativas. Este es uno de los desafíos que todavía queda pendiente, tanto para las comunidades indígenas como para el Estado, ya que el sistema tal cual está, deja muchas incertidumbres en relación a quienes deben ser parte de una consulta indígena. Recordemos que el Convenio señala que los pueblos indígenas deben ser consultados a través de sus instituciones representativas y estas instituciones pueden ser de nivel nacional, regional o comunitario. Específicamente la OIT señala que “el criterio importante es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas” (OIT, 2013, pág. 15). Esta dificultad quedó en evidencia en el caso de El Morro, donde la Corte Suprema anuló una Resolución de Calificación Ambiental por considerar que no se había incluido a todas las comunidades indígenas afectadas, pese a que el proceso contó con la aprobación de la CONADI. Probablemente la respuesta a este dilema esté en otorgar a los mismos pueblos originarios el derecho y a la vez el deber de identificar a las comunidades indígenas representativas y registrarlas a través de una organización validada por ellos mismos, sólo de esta manera se daría completo cumplimiento al Convenio a la vez que se obtendría mayores certezas para realizar la consulta indígena.

Aninat da un ejemplo de este tipo de procedimiento bien realizado en Australia. El “*Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner*” propuso la creación de un nuevo órgano nacional representativo de los pueblos indígenas. “Lo interesante es que, siguiendo el principio de que son los propios pueblos los que deben determinar su forma de organización, se establecieron sólo principios básicos para luego mostrar opciones para que los propios pueblos indígenas decidieran los posibles roles y funciones, la forma de estructuración local, regional y nacional, y la manera de relacionarse con el gobierno de dicho órgano” (Aninat, Abril 2014, pág. 7).

Si bien el Convenio 169 establece que los procesos de consulta indígena deben estar en manos de los Estados y esto se cumple en Chile al ser realizado por el SEIA, este organismo todavía no cuenta con todos los recursos y herramientas necesarias para llevar a cabo esta tarea. Este problema quedó en evidencia con el caso de Minera El Morro, don-

de la consulta indígena realizada erróneamente por el SEIA llevó a la paralización de este millonario proyecto minero con sus consecuentes efectos socio económicos para la Región de Atacama. En relación al rol del Estado en la consulta indígena, el abogado Cristian de la Piedra, señala lo siguiente:

“Al ser responsabilidad del Estado, el cumplimiento que éste hace tiene implicancias para la minería. Es decir, las consecuencias las van a pagar las empresas mineras, no el Estado. Los mejores ejemplos son Cerro Colorado, Paguanta, El Morro, todos los proyectos que iban super bien pero que al final los matan porque el Estado no ha hecho correctamente la pega. A veces no se han identificado correctamente las comunidades o durante la evaluación ambiental el mismo servicio determina que no hay impacto y las comunidades indígenas interponen un recurso de protección y la Corte Suprema dice sí, si hay impacto. Entonces la evaluación técnica que hace el servicio difiere de la evaluación jurídica que hace la Corte Suprema y las consecuencias las tenemos nosotros. Nos invalidan los permisos. Ahí hay un tema de calidad de la evaluación ambiental. El Servicio tiene la responsabilidad de hacer la evaluación ambiental correctamente y ahí se ha caído” (De la Piedra, 2014).

En el artículo N° 86 del Reglamento de Impacto Ambiental, se estipula que cuando el proyecto sometido a un EIA efectivamente afecta a comunidades indígenas “el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones y analizarlas” (Ministerio-del-Medio-Ambiente, 2013). Según el Reglamento, las comunidades indígenas deben ser notificadas de estas reuniones a través de avisos radiales y publicaciones en diarios. Luego tendrán derecho a formular observaciones al proyecto ante el organismo competente. Además, en cualquier momento del proceso, si el proyecto sufre modificaciones, tanto las comunidades como los pueblos indígenas deberán ser notificados mediante nuevos procesos de participación y consulta. Aquí surge un nuevo problema respecto a la consulta indígena que presenta trabas para los proyectos mineros. La participación ciudadana regular se realiza en un plazo máximo de 90 días al inicio de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental. Entonces el Estado, con ayuda de la empresa entrega la información pertinente a los ciudadanos y recoge sus observaciones ya sea en reuniones presenciales o vía correo electrónico. Sin embargo, la consulta indígena no tiene un límite de tiempo y

puede llevarse a cabo durante todo el tiempo que dure el EIA hasta que se obtenga la RCA. Cada vez que se haga una modificación al proyecto se debe realizar una nueva consulta indígena y esperar los tiempos que requieran dichas comunidades para obtener sus observaciones. Es decir que el proceso se puede dilatar a dos o tres años encareciendo considerablemente la construcción y puesta en marcha de un proyecto minero.

Al analizar los problemas que enfrentan las empresas mineras para realizar la consulta indígena en el marco del Estudio de Impacto Ambiental y establecer un diálogo con las comunidades, es posible señalar que muchas de las trabas se podrían eliminar con un diálogo previo entre comunidades y empresas. La evidencia muestra que dejar la construcción de una relación con pueblos originarios para el momento de la consulta indígena, no es suficiente para crear confianzas. A esas alturas ya es muy difícil superar posibles conflictos con la comunidad. El proceso está ideado para que la participación y consulta se lleve a cabo una vez que se presenta el EIA de un proyecto minero. Claramente no es suficiente. En general los ejecutivos de la minería coinciden en señalar que antes de iniciar la consulta formal se debe generar las bases para obtener una relación a largo plazo entre empresas y comunidades indígenas. Incluso que esta relación fije acuerdos de beneficios mutuos para que la consulta finalmente sea solamente un trámite de una relación ya establecida. Así lo señaló el abogado Juan Pablo Schaeffer, experto en relaciones comunitarias:

“Lo que le recomendaría a una empresa que está iniciando un proyecto es iniciar las relaciones comunitarias lo antes posible en etapas tempranas, escuchando a las comunidades y tratando de ver como la estrategia de la empresa responde a eso de manera de asegurarse que el proceso de consulta sea un proceso que tenga bases consensuadas previamente” (Schaeffer, 2014).

Lo mismo opina Ximena Abogabir, presidenta de la Fundación Casa de la Paz.

“Si uno quiere llegar con un acuerdo tienes que partir mucho antes, es sentido común y sensatez. El Estado te dice lo mínimo pero hay que ir, conocerse, crear confianza mutua. Están los marcos teóricos básicos. El punto es realmente conocer a las comunidades indígenas” (Abogabir X. , 2014).

También el abogado Sebastián Donoso recomienda iniciar procesos de diálogo temprano con las comunidades indígenas para evitar conflictos.

“Para evitar las demoras para entrar a producción (en proyectos mineros), hay un campo de creatividad que desarrollar, un proceso de diálogo con las comunidades indígenas y asumir que tu (como empresa) tienes un impacto en un espacio territorial indígena y que tienes que hacerte cargo de esos impactos. Hay dos formas de hacerse cargo: proponer medidas y discutirlos después o ver qué cosas puedo hacer yo para socializar el proyecto antes” (Donoso S. R., 2014).

Existe un problema concreto en la implementación de la consulta que tiene que ver con la falta de recursos presupuestarios de los servicios públicos para hacerse cargo de los costos y la logística que requiere el proceso de consulta indígena. Esta obliga a un proceso de difusión en los medios locales, regionales o nacionales, llevar a cabo talleres con las organizaciones indígenas y movilizar funcionarios a las comunidades para realizar las reuniones. Este problema lo identifica también Matías Abogabir en su estudio de caso sobre la aplicación del Convenio 169 en Chile.

“Se constata la inexistencia de recursos y glosas presupuestarias específicas en los servicios públicos para el desarrollo de los procesos de consulta, lo que incorpora una dificultad adicional en su desarrollo, dado que se debe recurrir a recursos que han sido concebidos para otros fines, ajustando los procesos a la disponibilidad de recursos, lo que retrasa su implementación y dificulta el desarrollo de consultas pertinentes y apropiadas a las culturas de los pueblos indígenas” (Abogabir M. , 2014, pág. 93).

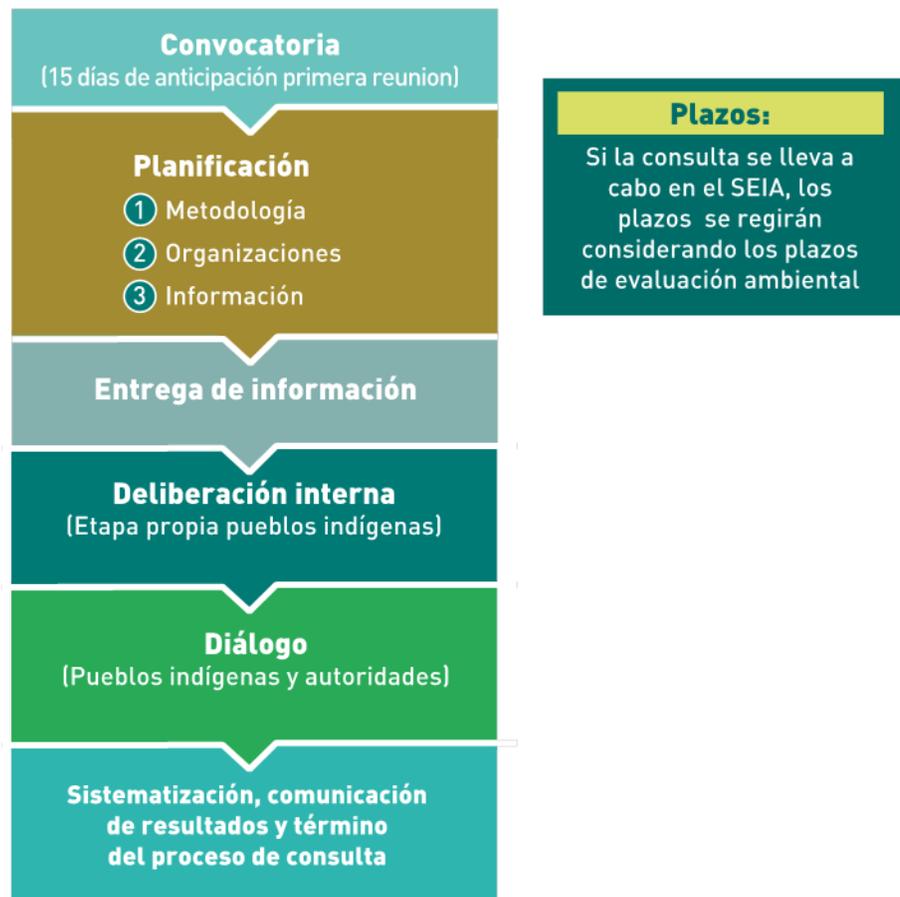
Esta falta de recursos también afecta a las comunidades indígenas ya que no podrían contar con todas las asesorías técnicas necesarias para evaluar mejor los proyectos en consulta. En varios de los casos que veremos a continuación se constata que las comunidades han tenido que contratar asesores técnicos por su propia cuenta haciéndose cargo ellos mismos de los costos, que a menudo son muy altos. La otra alternativa es que los titulares de los proyectos paguen los estudios técnicos pero con esta fórmula siempre existe la duda de parte de las comunidades de que el estudio no sea totalmente objetivo.

Por otra parte, al finalizar los procesos de consulta indígena y ante la falta de relaciones entre empresas y comunidades indígenas construidas a largo plazo, a menudo ocurre que

aunque se lleguen a importantes acuerdos entre las partes, queda la desconfianza. Así lo evidencia Abogabir en su estudio de caso.

“Existe desconfianza, tanto de las organizaciones indígenas, sobre el cumplimiento que darán los titulares y el Estado a los compromisos asumidos durante un proceso de consulta, como también por parte de los titulares de proyectos, respecto de si las organizaciones indígenas, a pesar de sus cambios de directivas, respetarán los acuerdos alcanzados durante los procesos de consulta” (Abogabir M. , 2014, pág. 105).

ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA INDÍGENA



CAPÍTULO III

LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA Y LAS CONSECUENCIAS PARA LA GRAN MINERÍA

3.1 La importancia que tiene la minería para el desarrollo de Chile

Antes de analizar los problemas que han surgido para la minería a partir de la aplicación de la consulta indígena, veremos la relevancia que tiene este sector productivo en el desarrollo del país. La minería ha sido parte de la historia de Chile desde la época precolumbina cuando los indígenas hace 2.000 años utilizaban y fundían el cobre o “payen”. Fue importante también en el siglo XVI con la llegada de los españoles quienes buscaban oro. Más tarde entre los años 1820 y 1900, la Revolución Industrial requirió minerales para sus procesos de producción y en ese período Chile se convirtió en el principal productor de cobre del mundo, siendo los cátodos y el concentrado los principales productos de cobre comercializados (Chile, 2011, págs. 13-14). También en ese período se vivió el boom del salitre que fue exportado a Europa y Estados Unidos como fertilizante. Hoy Chile sigue siendo uno de los principales productores de minerales del mundo y además del cobre produce molibdeno, oro, plata, hierro, plomo y zinc (Chile, 2011, págs. 13-14). La minería en Chile aportó entre 2006 y 2012 el 15,7% del Producto Interno Bruto, lo que equivale a la totalidad de la producción de la industria, la agricultura y el sector electricidad, gas y agua. Esto significa que la minería es el sector productivo más importante del país (SONAMI, 2013, págs. 90-94). Según el autor Patricio Meller,

“El cobre ha sido fundamental para alcanzar el nivel de bienestar actual. Hoy Chile es otro gracias al cobre. Así, si miramos cómo era el país en 1990, veremos que hoy vivimos en uno muy distinto” (Meller, 2013, pág. 1).

Para las regiones de Tarapacá, Antofagasta y Atacama, la minería representa en promedio el 50% del PIB local. Según la última encuesta CASEN, en Antofagasta, la principal región minera del país, el índice de pobreza ha disminuido de manera importante bajando de un 34,2% de la población en condiciones de pobreza en 1990 a un 7,5% en 2011, en su mayor parte por el boom de la minería en la zona. También tomando Antofagasta como ejemplo el 63% de su PIB es generado por la minería (SONAMI, 2013, págs. 5-9).

“La minería moderna está transformando el norte del país, dejando atrás aislados campamentos; los mineros y sus familias están teniendo una mejor calidad de vida. Esta realidad es posible encontrarla hoy en las ciudades del norte, especialmente en las ubicadas en la zona costera, donde encuentran mejores viviendas, servicios médicos y educacionales de mayor calidad...” (SONAMI, 2013, pág. 93).

El sector minero genera 800 mil empleos directos e indirectos, es decir el 12% de los empleos del país, y registra el más alto nivel de remuneraciones. Según la Superintendencia de Pensiones, en septiembre de 2013 la cifra para los empleos directos llegó a un promedio mensual de \$1.173.000, muy por arriba del promedio nacional ese mismo año que fue de \$585.000. La minería representa alrededor del 60% del valor exportador del país, por lejos el sector productivo más relevante. Los principales mercados para los minerales chilenos son Europa Occidental y Asia. Las cifras hablan por sí solas y dan cuenta de un sector cuyo aporte es clave para el desarrollo de Chile.

“La minería es el más sólido pilar en que se sustenta el desarrollo económico y social de Chile. En los últimos nueve años (2005-2013), además de aportar con el 15,1% del PIB, contribuir con el 20% del financiamiento fiscal y generar el 59% de sus exportaciones, es la industria chilena más competitiva y relevante en el ámbito internacional” (SONAMI, 2013, pág. 5).

Asimismo y pese a contar solamente con el 0,6% de la superficie terrestre del mundo, Chile es el principal productor de cobre, nitratos naturales, yodo, renio y litio del mundo. También es el tercer productor mundial de molibdeno y el sexto productor de plata en el mundo. Las cifras que dan cuenta de Chile como un país minero continúan; En los últimos 30 años en la minería se han realizado inversiones del orden de US\$100.000 millones en proyectos públicos y privados de exploración y explotación.

“Hemos sostenido que el nuestro es, en esencia, un país minero. Una historia de siglos y la labor de grandes hombres precursores en la explotación de yacimientos de distintos tamaños y diferentes minerales, avalan esta afirmación”. Cabe señalar la distinción que existe entre la pequeña minería que produce menos de 1.000 toneladas de cobre fino al año, la mediana minería que produce entre 1.000 y 30 mil toneladas al año y la gran minería que supera las 30 mil toneladas de cobre fino al año. Esta última es a la cual nos referimos en la presente tesis (Chile, 2011, pág. 7).

Por otra parte, el aporte que ha hecho la gran minería al país a través del pago de impuestos ha sido muy relevante para el desarrollo de Chile. En este sentido la minería aporta el 14% de los ingresos fiscales, lo que significó que entre 2005 y 2013 el sector minero aportó US\$81.000 millones a los recursos fiscales, equivalente a una quinta parte de los ingresos del gobierno central (SONAMI, 2013, págs. 5-9). En su mayor parte, las grandes empresas mineras que operan en Chile son socias de dos asociaciones gremiales; la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI) que agrupa a empresas mineras privadas de la pequeña, mediana y gran minería y el Consejo Minero que agrupa a la gran minería pública y privada.

“La minería siempre jugó un rol central en el desarrollo de nuestro país. Este fue relevante a lo largo del siglo XX, pero el desarrollo minero ha conocido una enorme expansión desde 1990 en adelante, cuando multiplicó once veces su contribución a la economía nacional. Sin la minería, Chile y los chilenos serían mucho más pobres” (Bande, y otros, 2014, pág. 1).

A partir de mediados de la década de los setenta, durante el gobierno militar, Chile realizó importantes cambios normativos para impulsar la gran minería y una economía basada en la extracción de recursos naturales, particularmente el cobre. De esta forma, en 1974 se creó el DL 600 para fomentar las inversiones extranjeras a través de franquicias tributarias y aduaneras lo que atrajo a numerosas empresas mineras internacionales privadas al país. Paralelamente la Constitución de 1980 señala que:

“Aunque reconoce el derecho de propiedad eminente del Estado sobre las minas, instauro al mismo tiempo un régimen de concesiones privadas y las dota de un marco institucional que les da preeminencia sobre los derechos de dominio del dueño del suelo superficial” (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, pág. 211).

La concesión minera, que es un derecho que otorga el Estado, se requiere para realizar exploraciones y para obtenerlas es necesario presentar una solicitud escrita o “pedimento” ante el correspondiente juez civil.

El Código de Minería fue promulgado por la Ley 18.248 de 1983 y fortaleció el derecho de los particulares a obtener concesiones para la exploración y explotación de las minas. Esto permitió que en la actualidad operen alrededor de 100 empresas mineras extranjeras

en Chile que representan alrededor del 70% de la producción minera del país (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, pág. 221). Según el artículo 1° del Código de Minería:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieran situadas. Pero toda persona tiene la facultad de catar y cavar para buscar sustancias minerales, con arreglo al párrafo 2° de este título y también el derecho de constituir concesión minera¹² de exploración o de explotación sobre las sustancias que la ley orgánica constitucional declara concesibles (...)” (Código de Minería, 2010).

3.2 La judicialización de proyectos mineros

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, las relaciones entre la industria minera y las comunidades indígenas se han visto tensionadas por numerosos recursos judiciales en contra de algunos proyectos de extracción. Estas fricciones se deben principalmente a problemas con la regulación vigente y diferencias en cómo establecer y llevar a cabo buenas relaciones comunitarias con los pueblos originarios y específicamente cómo aplicar la consulta indígena. Esto ha provocado el retraso y la paralización de importantes proyectos de inversión extractiva, causando cuantiosas pérdidas económicas que afectan el desarrollo de las regiones mineras. Según un estudio de PricewaterhouseCoopers Consultores del 2014, en la actualidad existen 12 iniciativas paralizadas por conflictos relacionados con la aplicación del Convenio 169 en Chile. Esto equivale a US\$13.061 MM en inversión frenada, es decir un 4,8% del PIB del país. Según el estudio, el 85% de estos proyectos de inversión son mineros. En la mayoría de los casos, estos problemas tienen su origen en un fenómeno denominado “judicialización”¹³. Como su nombre lo indica, el término se refiere a la imposibilidad de conseguir los permisos necesarios para llevar a cabo un proyecto debido a la interposición continua y regular de de-

¹² A la concesión minera también se le llama “pertenencia”, según el Código de Minería

¹³ Judicialización, según la Real Academia Española, consiste en “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”.

mandas y acciones judiciales cuyas tramitaciones retardan los estudios e inversiones en el sector minero. En la gran mayoría de los casos esto se debe a procesos judiciales promovidos por comunidades indígenas quienes argumentan faltas u omisiones en la aplicación del Convenio 169 y en particular la consulta indígena. Según Donoso, “dicha judicialización puede provocar retardos y sobrecostos en los proyectos y por lo mismo es fuente de legítima preocupación tanto entre las empresas como en los gobiernos a quienes interesa promover el desarrollo económico y la generación de oportunidades de trabajo” (Donoso S. R., 2014 , pág. 6). Según el estudio de PricewaterhouseCoopers, que recoge la opinión de 158 empresas mineras y energéticas, el 91% de estas, señala que el nuevo reglamento del SEIA no es suficiente para disminuir la judicialización de los proyectos que resultan por conflictos con los pueblos indígenas (PricewaterhouseCoopers, 2014, págs. 5-9).

Otros resultados de la encuesta de PricewaterhouseCoopers también son interesantes de mencionar en el marco de este estudio.

“Según lo observado, los procesos de aplicación del Convenio 169 OIT se han convertido en un elemento promotor de procesos judiciales, ello debido a la ausencia de un reglamento que defina procedimientos, lo que deja a la interpretación de cada empresa el proceso. Actualmente, el único instrumento legal que regula la aplicación de este convenio para los proyectos mineros es el nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), pero ¿será suficiente?”.

Los resultados de las encuestas a empresas señalan que el 91% de las encuestadas (44% del sector minero y 56% del sector energético) consideran que el nuevo reglamento del SEIA es insuficiente para disminuir la judicialización de los proyectos, como resultado de conflictos con los pueblos indígenas. Paralelamente la encuesta arrojó que el 85% de los entrevistados cree que las empresas debieran tener un rol más activo en el proceso de consulta previa del SEIA. En la actualidad, el nivel de participación de las compañías en los procesos de consulta depende en gran parte de cada oficina regional del SEIA. Recordemos que según el Convenio 169, es deber del Estado ratificante realizar la consulta indígena y no los privados que llevan a cabo proyectos.

“Así, mientras en algunas regiones las empresas pueden ser parte activa de los procesos de consulta, en otras prácticamente no tienen ninguna participación, quedando relegadas y en un rol casi inactivo a la espera de lo que resuelva el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental” (PricewaterhouseCoopers, 2014, pág. 13).

Por otra parte, la encuesta de PricewaterhouseCoopers señala que Atacama es la región con la mayor cantidad de proyectos paralizados por conflictos socio ambientales con un 50,8% del total seguida por la región de Tarapacá con 10.1%, ambas regiones mineras. En este sentido, en la Región de Atacama hay dos proyectos inmovilizados con conflictos relacionados con comunidades indígenas, ambos del sector minero, en la Región de Antofagasta son tres los proyectos paralizados por temas indígenas del cual 66% son del sector minero, en Arica y Parinacota hay un proyecto minero frenado por conflictos con indígenas y lo mismo ocurre en las regiones de Araucanía y Los Lagos. Por esta razón, para el 97% de las empresas encuestadas, gran parte del éxito de nuevos proyectos tiene que ver con la gestión que estas puedan hacer en lo ambiental y social, y particularmente con comunidades indígenas. A juicio de PricewaterhouseCoopers, no se puede asegurar que el nuevo Reglamento de SEIA sea suficiente para disminuir la judicialización causada por conflictos con comunidades indígenas:

“Principalmente por la disconformidad que existe entre las comunidades indígenas ante el proceso de elaboración y el contenido final del reglamento, lo que quedó demostrado a partir de las señales negativas que surgieron desde el primer momento de su elaboración” (PricewaterhouseCoopers, 2014, págs. 5-11).

Por un lado, los empresarios encuestados señalaron que el reglamento del SEIA debiera ser más detallado y preciso para evitar dudas que luego se prestan para la judicialización.

“Es importante precisar que el nuevo reglamento del SEIA deja espacio para interpretaciones que pueden tornarse “judicializables”: así por ejemplo, cuando luego de hacer varias consultas (o de fijarlas y difundirlas) no se logra llegar a acuerdos, el proceso de consulta se puede dar por realizado”. Otro problema mencionado por los ejecutivos encuestados es la falta de consenso que existe entre las mismas comunidades indígenas sobre el reglamento del SEIA, quienes no se sienten representados ni consultados por el documento. (PricewaterhouseCoopers, 2014, pág. 12).

Lo que en un principio fue el reclamo del mundo empresarial que enfrentó la paralización de proyectos con la aplicación de la consulta indígena, a casi seis años de la entrada en vigencia del Convenio 169 ya son varias más las voces que coinciden en señalar que la aplicación de dicho instrumento internacional en Chile y las herramientas que lo regulan requieren de cambios. El 12 de octubre de 2014, El Mercurio publicó que de los 29 proyectos de inversión que han sido sometidos a consulta indígena (de infraestructura, energía y minería), sólo seis de ellos han podido iniciar las obras. Las 23 obras restantes aún se encuentran enfrentadas a consultas y trámites administrativos, como el proyecto RT Sulfuros, o están paralizados por judicialización, en gran parte por apelaciones de las comunidades indígenas como ha ocurrido con el proyecto El Morro. El artículo de El Mercurio señala también que en mayo de 2014, durante la Conferencia Anual de la OIT en Ginebra, la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC), presentó sus reparos a la implementación del Convenio 169 en Chile debido a las trabas que se han visto a grandes proyectos de inversión. En junio, la OIT propuso a la CPC realizar un estudio sobre la implementación de la consulta indígena en el país, proceso que ya se está realizando en Guatemala, Costa Rica y Colombia. Se aceptó la propuesta y entre julio y septiembre el trabajo en terreno lo realizó Matías Abogabir, ex jefe de la Unidad de Asuntos Indígenas del Ministerio de Desarrollo Social durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera. Se pretende que informe sirva para generar un diálogo con la autoridad para avanzar en destrabar las inversiones (Celedón, 2014).

El gobierno está también preocupado por los resultados que se han visto con las consultas indígenas y los efectos que ha tenido en la economía al paralizar proyectos. También existe preocupación en el oficialismo por la sobre exigencia a la que está sometido el Servicio de Evaluación Ambiental con la carga adicional que ha significado llevar a cabo las consultas indígenas. En la prensa ha trascendido que:

“Aunque de manera muy preliminar, se ha debatido entre los ministerios técnicos la opción de crear un organismo que se aboque exclusivamente a la consulta, proponiéndose que Desarrollo Social sea el encargado de su implementación” (Vargas, 2014).

3.3 Proyectos mineros afectados por la aplicación de la consulta

La implementación del Convenio 169 no ha estado exenta de polémicas debido a los cuestionamientos a la regulación interna que han tenido grandes implicancias políticas, sociales, económicas y jurídicas, afectando a las inversiones de las empresas mineras, a las comunidades indígenas y al Estado de Chile.

“Hay desconfianza en la institucionalidad tanto de las comunidades, como de los titulares de proyectos. Por eso, a medida que el mecanismo de consulta se valide, se podrá avanzar en generar confianzas”, ha señalado el ex encargado del gobierno del Presidente Sebastián Piñera para el tema indígena, Matías Abogabir (Pozo A. , 2014, pág. 2).

Tal como lo señala este experto, la implementación de la consulta indígena ha tenido un efecto directo para las empresas y particularmente para las industrias extractivas.

“Las actividades productivas, en particular los proyectos de inversión, deben habitualmente aprobar decenas y hasta centenas de permisos o autorizaciones administrativas, muchos de los cuales podrían ser susceptibles de afectar directamente a comunidades indígenas, o al menos suscitar un debate sobre si existe o no dicha afectación” (Donoso S. R., 2014 , pág. 13).

Como habíamos ya mencionado, según el Convenio 169, los Estados son los responsables de llevar a cabo la consulta indígena. Sin embargo, las empresas requieren de certezas jurídicas para poder operar, específicamente en dos temas fundamentales:

1. Que sean consultados todos los permisos que deben ser consultados de acuerdo a la normativa vigente.
2. Que los procesos de consulta se hagan en cumplimiento con la normativa vigente y acorde al Convenio 169.

Estos dos puntos son fundamentales para evitar la eventual judicialización de proyectos mineros por razones de falta de consulta o consulta mal realizada (Donoso S. R., 2014 , pág. 13).

“Los conflictos en el sector minero tienen efectos económicos adversos tanto en lo local, lo regional y lo nacional: la pérdida de horas de empleo,

las bajas en el consumo, proyectos paralizados y problemas financieros. Además, los efectos repercuten a en otros sectores, en localidades cercanas a la mina, en proveedores y empresas colaboradoras, así como en el turismo y las empresas de transporte en la zona. En definitiva los conflictos afectan también la recaudación de impuestos y los gastos fiscales de gobiernos locales” (Schydlofsky & Thompson, 2014, pág. 84).

Por otra parte, al examinar el proceso de consulta indígena y las responsabilidades que tiene el Estado en su ejecución, se puede constatar por otra parte que el titular de un proyecto no tienen un rol específico de participación en la consulta. Esto es un grave problema ya que a menudo son las mismas organizaciones indígenas quienes solicitan la presencia de los titulares para explicar y dar cuenta de algunos detalles del proyecto. Esta falencia no contribuye a la existencia de un diálogo real entre las partes ni a la construcción de la confianza.

Existen numerosos casos de proyectos de la industria extractiva que han vivido el fenómeno de la judicialización y otros problemas asociados con la aplicación del Convenio 169, y que les ha provocado enormes pérdidas como El Morro, Paguanta, Cerro Colorado y RT Sulfuros. A continuación explicaremos algunos ejemplos de casos de proyectos mineros a los cuales se las ha aplicado la consulta del Convenio 169 y que han tenido que recurrir a la justicia por recursos en su contra de parte de comunidades indígenas. Como se verá a continuación los resultados de los fallos son muy diversos.

3.3.1 Proyecto Sociedad Contractual Minera El Morro¹⁴

El proyecto minero El Morro de la canadiense Goldcorp se ha convertido en un proyecto emblemático de cómo la consulta indígena y las decisiones judiciales llevan a la paralización de un proyecto minero con grandes proyecciones para una región del país. El Morro ingresó su Estudio de Impacto Ambiental el 25 de noviembre de 2008. Se trata de una inversión de US\$3.900 millones para la producción de concentrado de cobre¹⁵ a través de

¹⁴ Caso El Morro, expediente disponible en http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=8210090 (Consultado 1 de octubre, 2014).

¹⁵ El concentrado de cobre es una pulpa espesa obtenida de la etapa de flotación en el proceso productivo, en la que se encuentra una mezcla de sulfuro de cobre, fierro y una serie de sales de otros metales.

la extracción de mineral a rajo abierto y su posterior procesamiento mediante flotación¹⁶ convencional con una producción de concentrado de aproximadamente 2.215 toneladas por día. El proyecto considera además la construcción de una planta desalinizadora de agua de mar en la costa de Totoral. En el año 2011, se aprobó el EIA del proyecto minero El Morro, comuna de Vallenar, en la Región de Atacama. En ese momento, un grupo de agricultores de la comunidad indígena diaguita “Los Huascosaltinos”, que habitan en los alrededores del proyecto, presentaron un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental de la III Región, lo que llevó a la Corte Suprema a revocar la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que autorizó la construcción y operación del proyecto El Morro (Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro, 2013). El recurso de la comunidad Diaguita se refirió específicamente al Convenio 169 y al hecho de que ellos no fueron tomados en cuenta en la Consulta previa ni reconocidos como pueblo originario. Esto fue un ejemplo de cómo el Estado, quien lleva a cabo la consulta, no incluyó a una comunidad indígena en el proceso, lo que tuvo un efecto directo sobre el proyecto minero que fue paralizado y llevado a un proceso de judicialización. En este caso, según el Estado, los Huascoaltinos no estaban organizados por la Ley Indígena sino por la ley que regula a comunidades agrícolas. Más adelante, la empresa El Morro realizó un nuevo proceso de consulta con las comunidades excluidas originalmente que resultó en que la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama calificara favorablemente el proyecto, pese a que en esa ocasión la comunidad indígena en su totalidad se negó a participar en la consulta. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Copiapó hizo especial hincapié en que durante la consulta las obligaciones y deberes no son solo del Estado sino que también de las comunidades indígenas, que al adquirir derechos como los otorgados por el Convenio, también asumen responsabilidades. En este proceso cabe señalar que la comunidad indígena contó con una asesoría independiente que fue costeadada y contratada por la propia comunidad, asimismo, durante la consulta indígena, Goldcorp se comprometió a desarrollar acciones y medidas para prevenir, mitigar y compensar los impactos que el proyecto pudiera tener para las comunidades. Por ejemplo, y por mencionar algunas, respecto a la Comunidad Agrícola Huascoaltinos, la empresa comprometió un Fondo de

¹⁶ La flotación es un procedimiento que permite concentrar el cobre de la pulpa de material mineralizado que viene del proceso de molienda. En las celdas de flotación se hace burbujear oxígeno desde el fondo de manera que las partículas de cobre presentes en la pulpa se adhieren a las burbujas de aire y así suben con ellas y se acumulan en una espuma. La espuma rebasa hacia canaletas que bordean las celdas y que lo llevan al proceso de decantación.

Desarrollo Sustentable cuyas líneas de acción serían definidas por la misma comunidad en áreas como educación, capacitación, cultura, fomento productivo y fortalecimiento organizacional. También se comprometió la entrega de 114 hectáreas de terrenos a la comunidad Diaguita para el uso de familias de crianceros que utilizan Quebrada Larga. Adicionalmente se prometió la entrega en propiedad de un terreno de 3.560 hectáreas a la misma comunidad para otros usos.

Sin embargo las comunidades indígenas afectadas no quedaron satisfechas con esta decisión y volvieron a apelar el fallo el 5 de diciembre de 2013 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012). Finalmente el 7 de octubre de 2014, en un fallo dividido, de tres votos contra dos, la Corte Suprema revocó la resolución anterior de la corte de Apelaciones de Copiapó y acogió el recurso de protección presentado por las Comunidades y Asociaciones Diaguitas del Valle del Huasco. Los ministros que adoptaron la decisión consideraron que:

“En este caso era necesario dictar una cautelar inmediata y urgente porque tiene vicios de ilegalidad la resolución que aprobó el estudio de impacto ambiental, al no haberse realizado consulta a las comunidades recurrentes por parte de la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena” (Carvajal, 2014, pág. 14).

La decisión de la Corte Suprema se tomó pese a que la CONADI estimó que una nueva consulta no procedía ya que el proceso anterior estaba correcto. El fallo dejó sin efecto la resolución de Calificación Ambiental que califica favorablemente el mismo Estudio de Impacto Ambiental. En el fallo, la Corte señaló que el pronunciamiento de la CONADI y por tanto de la RCA, no tenía suficiente fundamento para justificar no realizar una nueva consulta indígena. Tanto los recursos presentados como el fallo de la Corte Suprema se refieren directamente a los procesos de consulta indígena llevados a cabo por el Estado y no por la empresa Goldcorp. Entonces una primera conclusión que podemos sacar de esta experiencia es que el proceso para realizar un proyecto de inversión de esa magnitud no cuenta con una normativa que entregue las garantías necesarias a la empresa para que el proyecto efectivamente se construya. Por otra parte, el Estado, en este caso, el SEA, no realizó correctamente la consulta indígena, dejando fuera comunidades por ser “agrícolas” pero que en realidad si son de etnia diaguita. Claramente en este sentido queda un vacío administrativo ya que a los indígenas no necesariamente se les exige que estén

inscritos como tales. Al Estado y también a las empresas les resulta difícil identificar a las comunidades que podrían ser afectadas por un proyecto de inversión. Tal como ya señalamos, en este caso la CONADI se manifestó conforme frente al EIA del proyecto y por tanto había aprobado la consulta realizada. Se hace evidente entonces la necesidad de incluir en el Reglamento de consulta indígena, un procedimiento formal a través del cual las comunidades se registren y el Estado y las empresas puedan identificarlas sin espacio para errores. Pero claramente el error se podría haber disminuido o eliminado del todo si la empresa minera hubiese iniciado un relacionamiento temprano con las comunidades desde el momento de la exploración. A la luz de los resultados obtenidos después del fallo de la Corte Suprema, es evidente que dicha relación no se estableció y que la empresa no contaba con la denominada “licencia social para operar” de la cual hablaremos en el capítulo V. Esta opinión también la manifestó por la prensa el director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, Jorge Troncoso, poco después del fallo de la Corte Suprema sobre el Morro.

“Es muy relevante que los titulares (de un proyecto minero), previo a ingresar sus iniciativas al SEIA, tengan un relacionamiento con las comunidades desde las primeras etapas del proyecto, no un mes antes. Si no están resueltos estos temas (comunitarios), la evaluación ambiental se contaminará y terminará en la justicia” (Pozo A. , 2014, pág. 7).

Resulta entonces importante y necesario buscar una fórmula que permita la comunicación permanente y accesible de todos los actores involucrados en un proyecto, particularmente las comunidades indígenas y las empresas. Por último, el caso del fallo judicial que afectó al proyecto El Morro, podría incluso tener consecuencias en la imagen internacional del país, y así lo expresó el ex director del proyecto, Bert Huls, quién advirtió que este fallo “va a influir en la manera en que otras empresas, no sólo mineras, van a ver a este país. Esto va a marcar una diferencia” (González, 2014). Huls levantó un punto importante a considerar, y es la imagen internacional que está dejando Chile con fallos como El Morro, que no parecen obedecer a lógicas y que más bien dejan en evidencia las dificultades que tiene actualmente el Estado de Chile para resolver en qué casos procede o no la consulta indígena. También deja establecido que es difícil confiar en la sola acción del Estado y los organismos de este y que es necesario que las empresas titulares de proyectos tomen un

rol mucho más activo y proactivo en el proceso de consulta indígena y relaciones comunitarias.

A principios de noviembre de 2014, Goldcorp sorpresivamente anunció que retirará el actual Estudio de Impacto Ambiental, asumirá pérdidas por US\$242 millones y comenzará de cero a rehacer su EIA. De esta forma, se reformulará el proyecto, se incorporarán cambios técnicos y se hará una nueva consulta indígena conforme al Convenio 169.

“Como parte del nuevo curso para nosotros es muy importante generar un diálogo fluido, permanente, constructivo y directo con todas las comunidades involucradas en el proyecto que nos permita escuchar con mayor detalle las dudas y preocupaciones de estos actores para un mejor entendimiento”, señaló Eduardo Villacorta, Vicepresidente senior de operaciones para Centro y Sudamérica de Goldcorp (Orellana, 2014).

3.3.2 Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado

Otro caso más reciente de proyecto minero que se enfrenta a la judicialización por la aplicación del Convenio 169 es el de la mina Cerro Colorado de la australiana BHP Billiton, una de las empresas mineras más grandes del mundo. Cerro Colorado realiza, desde el 18 de julio de 2013, un Estudio de Impacto Ambiental para lograr la autorización que le permita funcionar durante siete años adicionales, es decir entre 2017 y 2023, mediante un proyecto de ampliación que costaría US\$467 millones. De no obtener este permiso, la vida útil de la mina¹⁷ se acaba en el 2016 y el yacimiento de cobre, que produce 80 mil toneladas de cátodos de cobre¹⁸ al año, deberá cerrar. En el EIA, la empresa reconoce explícitamente que se generará afectación sobre las comunidades de Quipisca, Mamiña, Iquiuca y Parca, lo que lleva al SEA a iniciar un proceso de consulta indígena el 19 de diciembre de 2013.

¹⁷ La vida útil de una mina es la duración que esta tendrá produciendo mineral. Se calcula en función de las reservas demostradas y probadas de recursos y reservas mineras, lo que a su vez se determina de acuerdo a los niveles anuales de extracción de mineral.

¹⁸ Cátodos son las placas de cobre de alta pureza que se obtienen en el proceso de electro refinación y de electro obtención.

En este contexto la Comunidad Indígena Collacagua presentó un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Iquique (Causa Rol 27-2014), en contra del SEA de la Región de Tarapacá para que se incluyera también a esta comunidad en el proceso de consulta.

Paralelamente, en otro proceso también relacionado con Cerro Colorado, surgió un conflicto con la comunidad aymara Parca, ubicada cerca del proyecto y que se opone a la ampliación de la mina para extender su vida útil. Esta comunidad, en junio de 2014, presentó dos recursos de protección en contra de Cerro Colorado por obras aledañas al yacimiento que consisten en evitar que el material que se desprende del botadero¹⁹ pueda obstaculizar el flujo de agua de una quebrada cercana. Según las comunidades indígenas, esta obra debió pasar por un proceso de consulta indígena. Sin embargo, la empresa pidió los permisos ambientales a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que tal como explicamos anteriormente, no requiere de consulta indígena. En este caso el procedimiento formal para tramitar la ampliación de Cerro Colorado no exigía un EIA. El 26 de junio de 2014, el gobierno regional de Tarapacá y el intendente Michel Cartes, rechazaron el recurso de protección presentado por la comunidad aymara. Al mismo tiempo, la minera Cerro Colorado inició su defensa del proyecto (Sáez S. , 2014, pág. 8). A mediados de noviembre de 2014, el Servicio de Evaluación Ambiental finalmente logró firmar un acuerdo de metodología de consulta indígena con las comunidades que se oponían al proyecto minero. En las 12 páginas del documento, la comunidad de Quipisca se compromete a llevar a cabo un diálogo con la empresa minera y el Estado a través del SEA en el marco de una consulta indígena formal. De acuerdo al reglamento, este diálogo deberá ser de buena fe y servirá para garantizar eventuales acuerdos entre las partes, incluyendo la posible modificación de aspectos técnicos del proyecto (Sáez S. , 2014). Después de un período de judicialización, la noticia de un acuerdo tripartito abre una posibilidad real para que el proyecto minero Cerro Colorado se pueda llevar a cabo y demuestra que con diálogo el Reglamento Ambiental puede funcionar.

¹⁹ Los botaderos son lugares especialmente destinados para recibir el material estéril de la mina a rajo abierto y los rípios que se obtienen al desarmar las pilas de lixiviación.

3.3.3 Proyecto RT Sulfuros²⁰

Este proyecto perteneciente a Codelco contempla dar continuidad al desarrollo de la mina a rajo abierto y su procesamiento mediante una nueva planta concentradora para Radomiro Tomic (RT) en la Región de Antofagasta, Provincia de El Loa. Con una inversión de US\$ 5.400 millones, el objetivo del proyecto será explotar y procesar las reservas de sulfuros de la mina mediante el desarrollo de obras que permitan mantener el actual nivel de producción de concentrado de cobre y molibdeno de RT. Para cubrir la demanda de agua que tendrá esta nueva etapa, el proyecto contempla la instalación de una planta desalinizadora que será construida en la costa en la comuna de Tocopilla. Luego el agua desalada será conducida hacia la planta a través de un ducto bajo tierra. Una vez extraído, el concentrado de cobre será transportado al Complejo Portuario Mejillones en camiones.

Ya que la producción contemplada excede las 5.000 toneladas mensuales, el proyecto ingresó al SEIA con un Estudio de Impacto Ambiental el 31 de mayo de 2013 y debido a la presencia de comunidades indígenas en los alrededores de Chiu Chiu y Lasana, corresponde entonces realizar consulta indígena según lo establece el Convenio 169 de la OIT. Algunos de los potenciales efectos para dichas comunidades serían emisiones de material particulado durante la fase de construcción y operación, efectos sobre los recursos naturales renovables, especialmente sobre especies de fauna como reptiles y potencial impacto negativo a 195 sitios arqueológicos en la zona. Todo lo anterior hizo que el Servicio de Evaluación Ambiental estimara que existen elementos que configuran la susceptibilidad de afectación directa a pueblos originarios y este proceso se inició el 13 de agosto de 2013, estando todavía en ejecución con la participación de seis organizaciones indígenas.

Actualmente y después de más de un año desde el inicio de la consulta, RT Sulfuros todavía se encuentra en una etapa de reuniones preliminares para determinar la metodología del proceso, la entrega de información, la deliberación interna y la sistematización de los resultados. Sin embargo no existen antecedentes públicos que permitan conocer el detalle de las actividades de la consulta y tampoco hay una detallada sistematización de

²⁰ Proyecto RT Sulfuros, expediente disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=8210090 (Consulta: 2 de octubre de 2014).

los objetivos que se buscan en esta etapa metodológica salvo el hecho que los participantes deben determinar por si mismos la metodología de la consulta. Aquí podemos mencionar otro de los problemas que se ha presentado con la aplicación de la consulta indígena y es la extensión que tienen estos procesos y la falta de información que existe sobre estos. La realidad ha demostrado que los plazos de duración de consultas indígenas han sido muy variados. Para algunos proyectos ha durado dos meses pero otros se han extendido por más de 480 días. Esto presenta una gran incertidumbre los inversionistas de proyectos mineros.

3.3.4 Proyecto Sondaje y Prospección Minera Paguanta²¹

El proyecto de sondaje y prospección minera de Paguanta se ubica en la comuna de Huarra en la Región de Tarapacá. Este proyecto, que contempla una inversión de 5.000 millones de dólares, incluía un programa de prospección geológica con 63 sondajes para determinar las reservas de minerales que existen en el lugar y evaluar de este modo la factibilidad económica de su futura explotación. El proyecto fue presentado al Sistema de Evaluación Ambiental a través de una DIA y logró la calificación favorable en agosto del 2011. En la DIA, el titular del proyecto declaró que no se producía impacto ambiental significativo a los pueblos indígenas, por lo que no se hizo una consulta indígena. Sin embargo esto llevó a que comuneros de la quebrada de Tarapacá presentaran un recurso de protección en contra del SEA de Tarapacá por calificar favorablemente la DIA “Sondajes de Prospección Paguanta”, ya que, según argumentaron, se requiere la presentación de un EIA y por lo tanto la realización de una consulta indígena según el Convenio 169, todo esto debido a que el proyecto se ubica en el Área de Desarrollo Indígena (ADI) denominada “Jiwasa Orage” (Gobierno Regional de Tarapacá, 2014). El recurso llevó a la judicialización del proyecto y su respectivo retraso. Finalmente la Corte Suprema acogió el recurso de protección (Causa Rol 11.040-2011), señalando que cualquier proceso que pueda afectar la realidad de las comunidades indígenas, debe contemplar su participación a través de una consulta previa. Además la Corte Suprema puntualizó que la realización de

²¹ Caso Sondajes de Prospección Paguanta, expediente disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=7758589 (Consulta: 8 de octubre, 2014).

reuniones y asambleas para informar a la comunidad del desarrollo del proyecto no satisfacen las características especiales de la consulta indígena, debido a que el mero hecho de desplegar información no tiene las posibilidades reales de influir en el proyecto. El fallo precisó además que la falta de consulta constituye un incumplimiento al deber de fundamentación de los actos administrativos, ya que no se toma en cuenta las aspiraciones y formas de vida de las comunidades. Finalmente la Corte Suprema señaló que era necesario un Estudio de Impacto Ambiental debido a que este contempla un procedimiento de participación ajustado a los términos del Convenio 169, lo que ocurrió a partir del 11 de enero de 2013 (Gobierno Regional de Tarapacá, 2014).

La consulta indígena, que duró 48 días, se llevó a cabo con la participación de la comunidad indígena Aymara de Cultane e incluyó siete reuniones o talleres tanto de planificación de metodología como de entrega de información, deliberación interna y diálogo con la empresa. Durante todas las etapas la comunidad indígena contó con la asesoría de una consultora que fue costeada por la propia comunidad. En medio del proceso, otras 14 organizaciones indígenas solicitaron ser consultadas, pero se determinó que en esos casos no había afectación directa establecida por el Servicio de Evaluación Ambiental y por lo tanto no fueron consideradas en el proceso. Después de 48 días de consulta y diálogo con los pueblos indígenas afectados, el SEA rechazó la RCA el 27 de marzo de 2014 por considerar que la consulta a los pueblos indígenas no consideró a todas las comunidades afectadas y que también la CONADI se pronunció disconforme con el proceso. Luego de una reclamación presentada por Minera Paguanta, el caso fue aprobado por el Comité de Ministros y la RCA otorgada. Al final del largo y costoso proceso se hizo una sistematización de los resultados y los acuerdos que incluyeron la restricción de acceso a una de las rutas de ingreso a la Comunidad Indígena de Cultane debido a la superposición de servidumbre minera sobre el camino Alto Casiri. Debido a esto se acordó permitir el libre tránsito por el camino Alto Casiri, garantizando que toda persona pueda acceder al pueblo de Cultane desde la Ruta 15-CH. También se acordaron medidas asociadas al control de las emisiones a la atmósfera principalmente asociadas al transporte de los insumos en los caminos de acceso, tales como humectación periódica y control de velocidad de los vehículos. Respecto a la vegetación y patrimonio arqueológico local, se acordaron charlas de inducción al personal y colocación de letreros de advertencia. Adicionalmente se firmó un convenio de Cooperación y Colaboración entre la empresa y la comunidad para entre-

gar puestos de trabajo a miembros de la comunidad, becas escolares, reparación de caminos, adquisición de un vehículo 4x4 para el traslado de comuneros, electrificación bajo tierra hasta las casas del pueblo, construcción de baños públicos y recuperación de bofedales con sistema de irrigación. Finalmente y fuera del proceso de consulta formal ya que no estaban en la zona de afectación directa, se establecieron compromisos con la agrupación “Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebrada de Coscaya, Aroma y Miñe Miñe”. El acuerdo señala que si el proyecto continúa a la siguiente etapa de exploración, la empresa se compromete a considerar a las comunidades y asociaciones indígenas mencionadas en el proceso de consulta indígena (Abogabir M. , 2014, págs. 14-15).

3.3.5 Proyecto Exploración Minera Catanave

Este caso involucra la Reserva Nacional Las Vicuñas que forma parte de la Reserva de la Biosfera Lauca en Putre, Región de Arica y Parinacota. Allí, la empresa minera Southern Copper Corporation intentaba llevar a cabo perforaciones para buscar vetas de mineral para una eventual explotación minera y con una inversión de 950 mil dólares. Como parte de este proyecto, que consiste en una campaña de 14 hitos de perforación con dinamita para estudiar la mineralización de la zona, la empresa adquirió derechos de agua de la comunidad indígena Ticnámbar, que de acuerdo a CONADI no pueden ser traspasados a privados. Pese a la oposición de comunidades indígenas que viven en la zona, el proyecto ingresó al SEIA el 16 de noviembre de 2009 con un Estudio de Impacto Ambiental y obtuvo calificación ambiental favorable en el 2011 a través de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de Arica y Parinacota. Esto llevó a que las comunidades indígenas aymaras de la zona, apoyadas por el Alcalde de Putre, Ángel Carrasco, pusieran un recurso de protección en contra de la Comisión de Evaluación de la Región de Arica y Parinacota por haber dictado una RCA favorable a un proyecto de exploración o sondeos en la Reserva Nacional Vicuñas, en terrenos que serían utilizados por comunidades aymaras y que es, además, un área catalogada como Reserva de la Biosfera por la UNESCO (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012). En el recurso se reclamó la falta de consulta indígena del proyecto aprobado como EIA y la insuficiente participación ciudadana. Finalmente la Corte Suprema (Causa Rol 2.262-2011) rechazó el Recurso de

Protección interpuesto por la Municipalidad de Putre en contra de la RCA, que a su vez autorizó el proyecto de Exploración Minera Catanave (Corte-Suprema-de-Chile, 2011).

3.3.6 Proyecto Continuidad Operacional Cerro Casale

El proyecto minero Cerro Casale, ubicado en la comuna de Tierra Amarilla de la Región de Atacama, contempla una inversión de 6.000 millones de dólares y consiste en un yacimiento a rajo abierto y el procesamiento de 170.000 toneladas de mineral al día, a través de una planta concentradora con tecnología de flotación convencional para producir concentrado de cobre y oro. El Estudio de Impacto Ambiental fue ingresado en marzo de 2001 pero debido a importantes modificaciones en el proyecto y al cambio en los dueños (Barrick Gold tiene un 75% y Kinross Gold un 25%), el proyecto ingresó un nuevo EIA en julio de 2011 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012). Poco después, el Diputado del Partido Comunista Lautaro Carmona y la comunidad Colla de Pai Ote presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Copiapó (Causa Rol 26-2013) en contra de la aprobación de la evaluación ambiental que realizó el SEA de la Región de Atacama para dejar sin efecto la RCA del proyecto por cuanto afectaría a comunidades indígenas, las cuales no habrían sido consultadas previamente según el Convenio 169. Las comunidades sostienen que el proyecto producirá una serie de impactos negativos para ellos y cuestionaron la forma en que se realizó la consulta, alegando que no se ajustó a derecho y que las observaciones de la comunidad no fueron tomadas en cuenta. El 30 de abril de 2013, la Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso y determinó que no hubo acto arbitrario y que sí se cumplió con la consulta a las comunidades indígenas durante la tramitación del proyecto (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012). La Corte de Apelaciones sostuvo también que:

“La existencia de un procedimiento de consulta en el marco del proyecto no implica la obligatoriedad de la empresa de acogerlas, concluyéndose que no aparece que dicha resolución haya afectado las garantías invocadas por el recurrente, toda vez que la igualdad ante la ley se ha respetado en forma irrestricta en todas las etapas de la evaluación y por todas las actuaciones de las partes evaluadoras” (Abogabir M. , 2014, pág. 154).

En este caso, la Corte señaló claramente y conforme al Convenio 169 que las comunidades no tienen derecho a veto sobre un proyecto de inversión y la empresa no tiene obligación de acoger las modificaciones que estas puedan solicitar durante el proceso de consulta.

3.4 Proyectos mineros con resultados positivos con aplicación de participación indígena

Entendiendo que la consulta tiene como objetivo lograr el consentimiento genuino y de buena fe de las comunidades indígenas, en este caso sobre un proyecto minero, es necesario que cualquier proceso de acercamiento entre empresa y pueblos originarios sea temprano, cuando aún se pueden hacer cambios y con la voluntad de tomar en consideración los comentarios de las comunidades. Aunque la consulta indígena es responsabilidad del Estado, si la empresa no toma medidas en sus manos con la debida anticipación, no logrará el consentimiento y los acuerdos que requiere para llevar a cabo su proyecto. A continuación describimos la experiencia positiva que han tenido algunas empresas mineras que han tenido la visión de construir relaciones de confianza con las comunidades mineras afectadas por sus proyectos antes de ingresar sus Estudios de Impacto Ambiental y que como resultado están en la actualidad operando exitosamente sus faenas al tiempo que aportan al bienestar de las comunidades cercanas.

3.4.1 Proyecto Minero Caserones

Con una inversión de 1.700 millones de dólares, el proyecto minero Caserones, que inició operaciones el segundo semestre de 2014 con una producción anual de aproximadamente 69.000 toneladas de concentrado de cobre, pertenece a la japonesa Lumina Copper y consiste en un yacimiento de cobre y molibdeno en la comuna de Tierra Amarilla en la III Región de Atacama. El proyecto considera la explotación de mineral a rajo abierto con una planta concentradora para producir concentrado de cobre y una planta de extracción por solvente y electro-obtención para producir cátodos de cobre mediante el procesamien-

to de minerales oxidados²², mixtos y sulfuros²³ secundarios (Consejo Minero, 2013). El Estudio de Impacto Ambiental de este proyecto fue presentado a la CONAMA Región de Atacama, el 21 de octubre de 2008. Entre enero de 2011 y abril de 2012, el proyecto Carerones llevó a cabo un proceso formal de consulta indígena con la Comunidad Colla de Río Jorquera y sus afluentes. Esto por el paso de 19 kilómetros de línea de transmisión eléctrica, para suministrar energía al proyecto, por territorios pertenecientes a las comunidades indígenas colla. El proceso permitió a la empresa junto a la comunidad indígena, identificar el mejor trazado de la línea eléctrica y resultó en medidas de compensación tanto ambiental como social para las comunidades a través de un Protocolo de Cooperación. Inicialmente la línea de transmisión iba a pasar por el sector sur del territorio comunitario a través de un campo de pastoreo. Sin embargo, el proceso de consulta previa permitió que la comunidad pudiera hacer cambios en el trazado eléctrico. La comunidad pidió el cambio de emplazamiento de 30 torres que podrían afectar vertientes y vegas utilizadas por el ganado. De esta forma se definió un nuevo trazado que propuso la empresa después de recoger los planteamientos de la comunidad. Para resolver el asunto del tendido eléctrico, y como parte de la consulta indígena, el 28 de abril de 2012, Lumina Copper y la comunidad Indígena Colla, suscribieron un Protocolo de Cooperación, en el que se refleja el consentimiento de la comunidad para la ejecución del tendido eléctrico, considerando medidas de mitigación durante la etapa de construcción. Además el acuerdo firmado establece que la mantención y el suministro eléctrico serán monitoreados por la comunidad indígena y la empresa a través de una mesa técnica a partir del inicio de la construcción de la línea eléctrica y hasta el cierre de la mina. Otros acuerdos entre la comunidad indígena y la empresa incluyeron un curso obligatorio para los trabajadores de Transelec y otras empresas contratistas sobre cosmovisión y cultura colla, capacitación a la comunidad sobre tendido eléctrico y la habilitación de un cruce de animales. Asimismo, el Protocolo de Cooperación considera un programa de Desarrollo Estratégico de la Comunidad Colla con proyectos de energía renovable, desarrollo agro-silvo-pecuario, desarrollo turístico y monitoreo ambiental (Consejo Minero, 2013). Muy relevante fue también la implementación de un Plan Especial de Desarrollo estratégico de la Comunidad Colla de Río

²² Los óxidos en minería se refiere a todos los minerales derivados del proceso de oxidación de un yacimiento, es decir el ataque del mineral por parte del oxígeno proveniente de la atmósfera bajo la forma de fluidos como agua. Estos minerales se forman cerca de la superficie.

²³ Los sulfuros son minerales constituidos por el enlace entre el azufre y elementos metálicos, tales como el cobre, hierro, plomo, zinc, etc.

Jorquera, que incluye innovación tecnológica y energética, desarrollo productivo,, capacitación y formación de capacidades para la prestación de servicios a la minería, desarrollo cultural y fortalecimiento de la cosmovisión del Pueblo Colla (Carcelen & Mir, 2014, pág. 21).

Este acuerdo entre la empresa y las comunidades indígenas aledañas al proyecto, tomó en cuenta una gran extensión territorial debido a que las comunidades Collas se movilizan en busca de pastizales para alimentar a su ganado y también como peones de minas artesanales. Todas estas medidas que tomó el proyecto caserones muy tempranamente y antes de la consulta indígena formal, junto a los resultados positivos que obtuvieron con las comunidades indígenas, permiten confirmar la importancia de llevar a cabo una consulta temprana, oportunamente y con todas las comunidades indígenas, considerando cuidadosamente sus características sociales y culturales en el uso de la tierra. El haber hecho esto, permitió a Caserones tomar las decisiones adecuadas sobre el proyecto, antes de ingresar el EIA.

3.4.2 Proyecto Lobo Marte

Lobo Marte pertenece a la empresa canadiense Kinross, que presentó un Estudio de Impacto Ambiental el 29 de junio de 2011 para el “Reinicio y Expansión del Proyecto Lobo Marte”. Este proyecto, ubicado al este de la ciudad de Copiapó en la Región de Atacama, produce oro en barras y cobre. El EIA contempló la continuidad de la explotación de la Mina Marte, más la incorporación de un segundo yacimiento llamado “Lobo”, ambos a rajo abierto y con el tratamiento de los minerales a través de una planta procesadora. La inversión para este proyecto es de 800 millones de dólares.

Kinross definió muy tempranamente, en el 2009, y como prioritario para lograr los permisos necesarios para el proyecto, que era de primera importancia relacionarse positivamente con la comunidad aledaña. Para esto creó un programa de participación ciudadana previo a la presentación del EIA. El objetivo principal de esta estrategia fue asegurar la participación informada de la comunidad sobre el proyecto Lobo Marte y todos los aspectos del Estudio de Impacto Ambiental. Además se fijó la meta de consensuar metodologías de trabajo, plazos y lugares en los se realizarían los futuros talleres comunitarios. La

ruta trazada consistió en, primero identificar cuidadosamente a los actores sociales y lo hizo a través de un programa de participación ciudadana. De esta forma, se identificaron cuatro comunidades indígenas Colla en la zona del proyecto, específicamente en la Quebrada de Paipote y San Andrés: Sinchi Wayra, Pastos Grandes, Comuna de Copiapó y Pai Ote. En ese momento, la información disponible en los archivos oficiales identificaba solamente a 12 personas de etnia indígena en la zona. La empresa fue más allá en la búsqueda de información e hizo su propia identificación, logrando incluir en los procesos participativos al conjunto de comunidades indígenas Colla de la zona. Los estudios de línea de base que se realizaron en esa etapa temprana fueron muy detallados y se levantó importante información social, cultural y ambiental sobre las comunidades indígenas Colla, lo que se denominó “Etnocartografía Participativa”.

La segunda etapa consistió en contactar a los representantes de las cuatro comunidades indígenas, entregarles información sobre el proyecto y lograr su consentimiento previo. En este sentido se realizaron dos talleres con las comunidades en la que el titular del proyecto movilizó importantes recursos humanos a zonas remotas para que la información llegara a los destinatarios. En los talleres y posteriores asambleas se recogieron las consultas e inquietudes de las comunidades y estas fueron tomadas en cuenta para la elaboración del informe final de trabajo. Claramente todo este procedimiento temprano permitió que la empresa creara una relación con las comunidades que se estableció más allá del EIA ya que se lograron consensos y acuerdos de buena fe.

“Durante todo el proceso desarrollado con las mesas de trabajo se logró la atención y el interés de cada una de las comunidades indígenas involucradas, por cuanto las medidas socio-ambientales propuestas les afectaban directamente. Las comunidades hicieron sus planteamientos y observaciones a la mayor parte de las medidas, siempre con el ánimo de mejorarlas y, eventualmente, adecuarlas a los distintos ámbitos de desarrollo: social, económico, ambiental y cultural” (Carcelen & Mir, 2014, pág. 16).

Recordemos que todas estas acciones fueron realizadas antes de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, lo que permitió entrar con información más completa sobre las comunidades, una relación de trabajo y confianza ya establecida y con propuestas concretas de mitigación y compensación. Si bien gran parte de este complejo y largo proceso fue desarrollado por empresas consultoras expertas en relacionamiento indígenas,

un aspecto importante que marcó el buen resultado del proceso fue que altos ejecutivos de Kinross estuvieron en todo momento directamente involucrados con las comunidades y participaron en las conversaciones y negociaciones. Este es un punto importante a tomar en cuenta. Si aceptamos la importancia de que las empresas construyan lazos de confianza con las comunidades indígenas, los ejecutivos deben, no solo involucrarse, sino prepararse y capacitarse para llevar a cabo estas relaciones.

La consulta indígena formal en el marco del EIA se realizó más tarde, como corresponde, por el Estado, y consistió en la divulgación de la metodología utilizada en los estudios de línea base, información sobre el proyecto Lobo Marte en talleres públicos e información sobre los impactos del proyecto a la comunidad, con espacio para diálogo y preguntas. El proceso de participación voluntaria incluyó también entre el 2012 y 2013 la realización de mesas técnicas de trabajo donde se discutieron temas de interés mutuo entre la empresa y las cuatro comunidades, lo que les llevó a diseñar conjuntamente, medidas ambientales voluntarias. La información de todo este proceso fue incluido en las adendas del Estudio de Impacto Ambiental. Entre las múltiples medidas acordadas entre la empresa y las comunidades, cabe señalar algunas: apoyo hacia actividades culturales relevantes para las comunidades, desarrollo de proyectos turísticos, difusión de la cultura Colla, capacitación a transportistas locales, instalación de señalética en las comunidades y caminos, instalación de un equipo de primeros auxilios en un lugar estratégico, instalación de mecanismo de reclamos para la comunidad, reuniones mensuales con las comunidades y la empresa, capacitación para el desarrollo microempresarial, apoyo de alfabetización de miembros de las comunidades, cursos para operaciones de mina y planta, plan de reinserción laboral, creación de una bolsa de trabajo, entrega de 12 becas educativas anuales, y otras becas técnicas entre muchas otras medidas.

Según Carcelén y Mir, este proceso llevado a cabo por Kinross, se hizo con altos estándares de transparencia, confianza y buena fe, lo que explicaría en parte los buenos resultados y la construcción de una relación duradera con las comunidades. Ahora bien, cabe señalar que si la empresa decide dejar hasta ahí la relación con las comunidades indígenas ya que se logró la RCA, correrá el riesgo de que dichas comunidades le retiren la confianza. Por lo tanto cabe concluir que el relacionamiento debe comenzar tempranamente, seguir durante el proceso de evaluación ambiental, fortalecerse durante la vida útil del

proyecto y crecer sobre la base de cimientos con beneficios mutuos a largo plazo. Al respecto los expertos señalan que:

“Lobo Marte es un buen ejemplo de que las relaciones humanas se nutren del contexto social e histórico y de que la construcción de confianzas contribuye a alinear los intereses de las partes en la búsqueda del consenso requerido para el desarrollo de los proyectos de inversión. Las comunidades Colla y Kinross han tenido una relación permanente durante todo el tiempo que la empresa ha desarrollado sus proyectos en el área, lo que sin duda facilita un diálogo franco entre ellas” (Carcelen & Mir, 2014, pág. 17).

3.5 El nuevo escenario que enfrenta la minería con la consulta indígena

Como hemos podido constatar con los casos presentados en este estudio, la judicialización, los fallos de las cortes y la paralización de proyectos mineros presentan un panorama de dificultades entre comunidades indígenas y empresas mineras en Chile desde la entrada en vigencia del Convenio 169 hace cinco años. Para Sebastián Donoso, ex Asesor Especial para Asuntos Indígenas del Gobierno del Presidente Piñera, “las relaciones entre empresas y comunidades indígenas navegan por aguas turbulentas” (Donoso S. R., 2014 , pág. 1). El abogado precisa que en la actualidad existe un marco regulatorio en Chile que es crecientemente más complejo en materia de comunidades en general y en particular en materia de pueblos indígenas.

“No es sólo el Convenio 169. Esta es la principal regulación que por ser un tratado internacional genera responsabilidades internacionales para los Estados desde el punto de vista de su cumplimiento. Pero al mirar el conjunto de normativas que podrían ser aplicables a una empresa minera, te das cuenta que el panorama es mucho más complejo. Tienes por un lado varias normas nacionales como la Ley Indígena, la Ley de Borde Costero de Pueblos Originarios, la Ley de Bases de Medio Ambiente y el propio Convenio 169 que ya está incorporado en nuestro sistema jurídico. Después tienes instrumentos internacionales como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas del 2007, las regulaciones de la International Council on Mining and Metals (ICMM) que exigen un nuevo estándar en materia de pueblos indígenas para sus empresas mineras socias y a eso le puedes agregar la Corporación Financiera Internacional (IFC)” que señala que debes conseguir el consentimiento cuando produces impactos a comunidades indígenas....Las empresas entonces tienen

un escenario nuevo con el tema de la consulta y eso las obliga a repensar la forma de hacer las cosas” (Donoso S. R., 2014).

Por otra parte, para el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), la implementación de la consulta indígena para casos de proyectos de inversión que puedan afectar a los pueblos originarios, no ha sido un proceso fácil. Hasta septiembre de 2014, el SEA solamente había liderado 15 procesos de consulta indígena, nueve proyectos energéticos y cuatro mineros. Y pese a que las comunidades indígenas no tienen el poder de vetar la realización de estos proyectos excepto en casos donde se requiera relocalización de las comunidades, la realidad ha significado la demora e incluso paralización de inversiones (Peña, 2014 , págs. 16-17). En la práctica, las quejas de las empresas mineras y eléctricas respecto al proceso de consulta apuntan principalmente a las diferencias de los criterios que aplican las distintas sedes regionales del SEA, que al ser quince, presentan una gran variedad de criterios. Por otra parte, las empresas inversionistas también señalan que los plazos de la consulta no van de la mano con el proceso de evaluación ambiental y por lo tanto se producen las trabas en los proyectos. Jorge Troncoso, director ejecutivo del SEA, admite que “algunos proyectos han debido enfrentar procesos más largos e incluso algunos en que no se ha llegado a acuerdo o simplemente la comunidad se ha abstenido de participar... La complejidad mayor tiene que ver con cómo somos capaces de definir, junto a las comunidades, la mejor metodología para hacer la consulta” (Peña, 2014 , págs. 16-17).

Respecto a la pregunta de si la herramienta de SEIA para realizar la consulta indígena es la apropiada o no, queda en evidencia la necesidad de seguir perfeccionando estos procesos y así lo señala también el autor Sebastián Donoso que afirma que los Decretos Supremos 40 y 66 “son instrumentos perfectibles, que van a requerir una mirada y revisión permanente, tratando que eso no signifique incertezas para los proyectos” (Donoso S. R., 2014). Debido a la información analizada, sostenemos que la decisión de haber regulado la consulta como parte del SEIA fue una decisión correcta, de lo contrario se habría tenido que crear una normativa distinta que habría significado una complejidad mayor. Además, es una herramienta que pese a los contratiempos y probablemente los insuficientes recursos, funciona y cuenta con una metodología donde se aplican plazos y desde donde se evalúan proyectos de manera sistemática. Sobre este punto, Donoso señala que:

“Las empresas están aprendiendo el proceso de consulta un poco a porrazos y aprendiendo que no hay que esperar a que se llegue a una etapa de judicialización de los proyectos para resolver estos temas y de esa manera evitar las demoras para entrar a producción y todos los gastos que eso significa” (Donoso S. R., 2014).

Sin embargo, y aunque el instrumento sea el correcto, la falta de acuerdo sobre su contenido con las comunidad indígenas está produciendo muchas incertidumbres para la aplicación de la normativa, tanto para los pueblos originarios como para las empresas. Para el Presidente Ejecutivo del Consejo Minero, Joaquín Villarino, la aplicación de la consulta en inversiones mineros ha significado:

“Tiempo y retraso en los proyectos, lo cual tiene un costo financiero altísimo. También ha generado incertidumbre porque al no existir claridad de cómo se hace la consulta y cuáles son las consecuencias de no llegar a un acuerdo, al final no se sabe si vas a poder ejecutar el proyecto. Lo que hemos visto es que la falta de acuerdo o acuerdo insuficiente se desencadena al final en un recurso judicial... Como no existe claridad sobre el proceso lo que te genera es pérdida de tiempo, pérdida de recursos e incertidumbre” (Villarino, 2014).

En definitiva, el panorama para las inversiones mineras aun es dificultoso, caro y sin certezas respecto a los resultados positivos de la tramitación de los proyectos, que a la larga tendrá un costo sobre las inversiones que hagan las empresas mineras en Chile. Al respecto, Donoso y Claudia Hernández han señalado que:

“Los obstáculos para el desarrollo de proyectos de inversión en Chile han ido en aumento en el último tiempo. La demora de los procesos ambientales, las protestas sociales y la judicialización se han transformado en un problema que todas las grandes iniciativas manifiestan que han debido enfrentar, reflejándose según sus titulares en un aumento de los plazos de construcción y de costos asociados al desarrollo de los proyectos”.

Asimismo sostienen que en el sector privado se ha instalado la incertidumbre para las inversiones y el desarrollo de proyectos, ya que no hay certezas de cómo llevar a cabo las consultas indígenas ni cuáles son los impactos que ésta puede tener sobre proyectos de inversión” (Donoso & Hernández, 2013, pág. 7).

3.6 La experiencia de otros países en la aplicación de la consulta indígena

Para muchos de los actores involucrados en la puesta en marcha del Convenio 169 en Chile, se trata de un proceso complejo y con desafíos que todavía deben ser abordados. La experiencia de otros países ratificantes también señala que no hay recetas ni modelos únicos que garanticen la plena efectividad. Es más, en la mayoría de los países ratificantes, todavía existen temas pendientes para la aplicación efectiva del Convenio 169. A continuación hacemos un breve resumen de la situación actual y los problemas enfrentados por algunos de los otros países que han ratificado el Convenio 169.

3.6.1 El caso de Perú

Entre los países de América Latina que han ratificado el Convenio, el primero en hacerlo fue Perú en 1994, un país con una de las poblaciones indígenas más numerosas del continente y que está profundamente marcado por fuertes conflictos con el Estado. Pese a su temprana ratificación y la firma del Presidente Ollanta Humala de la denominada “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios”, la efectiva realización de la consulta ha tenido poco eco debido a los efectos que pudiera tener sobre el desarrollo de proyectos de inversión. En especial el Ministerio de Energía y Minería del Perú, a la fecha no ha reconocido el derecho de consulta a ninguna comunidad indígena afectada por un proyecto minero. La explicación de esto está, probablemente, en que la minería es en la actualidad el sustento de la economía del país y hay al menos cuarenta proyectos mineros que se están desarrollando en territorios indígenas. Tanto así que en el 2013, el entonces Primer Ministro Juan Federico Jiménez señaló que había que “destrabar” a los proyectos mineros del proceso de consulta. Esto llevó al Presidente Humala a decir públicamente que el derecho a consulta solamente aplica a algunas tribus de la Amazonía (Sanborn & Paredes, 2014, págs. 55-59).

3.6.2 El caso de Guatemala

El 5 de junio de 1996, Guatemala ratificó el Convenio 169 de la OIT. Desde entonces el gobierno de Guatemala ha hecho numerosos intentos fallidos por crear una normativa de consulta previa. Por ejemplo en 2011 el gobierno del Presidente Álvaro Colón presentó la norma “Reglamento para el proceso de Consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Esta fue rechazada por la mayoría de las comunidades indígenas quienes argumentaron que no fueron consultadas y que la norma entregaba mucho poder a las organizaciones del Estado. La norma fue anulada y desde entonces, ante el poco avance del Estado en cumplir con los compromisos adquiridos al ratificar el Convenio 169, las comunidades indígenas, específicamente de la etnia maya, llevan a cabo las llamadas “consultas comunitarias de buena fe”. Entre 2005 y 2012 se realizaron 74 consultas comunitarias respecto a proyectos de extracción de recursos naturales con la participación de 1.5 millones de personas, pero estas se encuentran bajo el escrutinio de las autoridades y del sector privado quienes cuestionan su validez. En este sentido el Ministerio de Minería de Guatemala no ha tomado en cuenta los resultados de estas consultas al entregar nuevas licencias mineras. El argumento de esta cartera ha sido que las consultas indígenas no son parte de su jurisdicción y que el Ministerio de Minería y Energía solamente puede implementar la Ley Minera de 1997 que no requiere de consultas indígenas. Actualmente el Ministerio de Minería y Energía ha autorizado 345 licencias de exploración y explotación minera para empresas multinacionales tales como Goldcorp Inc., Nichromet Extraction Inc. y Tahoe Resources Inc. Ninguno de estos proyectos ha aplicado el derecho a consulta indígena (Mash & Guadalupe, 2014 , págs. 90-92). En definitiva lo que ha ocurrido en Guatemala es que las consultas comunitarias o plebiscitos, son hoy un mero acto de diálogo entre ciudadanos pero sin ninguna injerencia en la realización o no realización de proyectos mineros y el resultado ha sido prolongados conflictos sociales en torno a la industria extractiva de ese país (Elías & Sánchez, 2014, págs. 71-73). Estas llamadas consultas tampoco siguen los procedimientos que exige el Convenio 169 para la consulta previa. Diez años después de la entrada en vigencia del Convenio 169, Guatemala aún no tiene claridad respecto a una normativa que pueda balancear los intereses de sus pueblos originarios y de las empresas privadas (Cementos Progreso, 2014, págs. 93-96).

3.6.3 El caso de Colombia

Colombia ratificó el Convenio 169 en 1991 y ese mismo año el artículo 7 de la Constitución estableció el respeto y protección de la población étnica y culturalmente diversa del país. La constitución colombiana también reconoce que las tierras indígenas deben ser gobernadas por los pueblos originarios según sus propias costumbres y representantes. La Constitución de 1991 estableció los principios de la consulta previa y de esta forma el Artículo 330 señala que la explotación de recursos naturales en territorios indígenas se debe realizar sin dañar la cultura, organización social y ordenamiento económico de las comunidades, para lo cual sus representantes deben participar en todas las decisiones sobre eventuales intervenciones en sus tierras. En Colombia aún no existe un cuerpo normativo para regular la implementación de la consulta, lo que ha resultado en una serie de normas, decretos y procedimientos para guiar la consulta que no entregan la seguridad jurídica necesaria para dar certezas a las inversiones privadas. El primer intento para establecer un procedimiento adecuado para la consulta fue el Decreto 1320/1998 para entregar una normativa para la aprobación de proyectos de extracción de recursos naturales en territorios indígenas. Este Decreto no fue consultado con las comunidades indígenas y por lo tanto fue declarado inconstitucional no aplicable. Desde entonces, una serie de decisiones judiciales han ido marcando el camino respecto a la consulta indígena y un Decreto Presidencial de 2013 señaló pasos específicos para realizar la consulta previa. Sin embargo y pese al camino recorrido en la implementación del Convenio en Colombia, el sector privado aún tiene pocas certezas sobre cómo realizar y costear la consulta. Esta situación ha llevado a un importante alza en los costos de inversiones mineras y la paralización de numerosos proyectos con los consecuentes efectos económicos para el país (Ocampo & Agudelo, 2014, págs. 76-81).

3.7 Los desafíos pendientes en Chile

Entre agosto de 2012 y julio de 2013 el Gobierno de Chile constituyó la denominada “Mesa de Consenso” con el fin de acordar un nuevo reglamento de consulta indígena. En esa ocasión el Gobierno invitó a las comunidades indígenas del país a debatir sobre una

“Propuesta de Nueva Normativa de Consulta y Participación”. Sostuvieron 150 talleres y elaboraron unas 10 contrapropuestas indígenas. “En calidad de observadores de la Mesa se invitó al Sistema de Naciones Unidas y al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)” (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, págs. 1-2). Cabe señalar, que el Sistema de Naciones Unidas, a quién se invitó a participar a través de una carta como observadores del proceso de constitución y deliberación de la Mesa de Consenso, envió a los siguientes representantes de Chile: María Eliana Arntz (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD), Elena Aguayo (PNUD), Daniela Ortega (PNUD), Diana Maquilon (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUDH) y Gallianne Paylaret (ACNUDH) (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, págs. 18-19). Durante las sesiones hubo discusiones en profundidad sobre todos los temas relacionados con la consulta indígena, se intercambiaron criterios y la propuesta sufrió modificaciones. Al finalizar el trabajo, el Gobierno y los representantes de los pueblos indígenas firmaron un protocolo donde se afirma que hubo acuerdos en un 80% de la normativa. Los acuerdos incluyeron la derogación del Decreto Supremo N°124, el objeto de la consulta, los órganos de la consulta, los sujetos e instituciones representativas, el rol de la CONADI, la buena fe, los procedimientos apropiados, los responsables del proceso de consulta, el carácter previo, la pertinencia de la consulta, los plazos y las etapas de la consulta (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, pág. 2). Por otra parte el protocolo firmado por el Gobierno y los representantes indígenas dio cuenta de aquellos puntos donde no hubo y aún no hay acuerdo y que son: definición de afectación directa, tipos de medidas administrativas sujetas a consultas y proyectos de inversión o actividades que ingresan al SEIA y deben someterse a consulta previa. Como ya hemos visto luego de la revisión de los casos de proyectos mineros judicializados, estos desacuerdos han tenido importante efectos sobre el desarrollo de dichas inversiones y por lo tanto consecuencias sobre el desarrollo económico de Chile, especialmente en las regiones del norte del país.

Para la Investigadora del Centro de Estudios Públicos, Isabel Aninat, “la discusión sobre el Convenio no está concluida” (Aninat, Abril 2014, págs. 3-9). Ella identifica cinco desafíos principales:

1. La falta de acuerdo sobre cómo definir la susceptibilidad de afectación directa y su implicancia sobre las medidas a ser consultadas. Se trata de un elemento esencial de la consulta ya que la susceptibilidad es precisamente

lo que lleva a la realización de una consulta indígena. En el caso de los proyectos de inversión que ingresan a través del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y dan lugar a un EIA, la susceptibilidad se da cuando hay reasentamiento de comunidades indígenas o la alteración significativa de la vida y costumbres de dichos grupos humanos, si las comunidades indígenas están ubicadas en el territorio del proyecto y cuando exista alteración del patrimonio cultural de los pueblos originarios (Ministerio-del-Medio-Ambiente, 2013);

2. La conveniencia de canalizar la consulta de los proyectos de inversión dentro del SEIA. Este procedimiento de ingresar los proyectos de inversión a través del SEIA ha levantado dudas sobre cómo y cuándo aplicar la consulta indígena. Para dar mayor claridad sobre estos asuntos, el nuevo Reglamento del SEIA incorporó específicamente a los pueblos originarios como causales que llevan a la realización de un EIA y además definió elementos específicos para la consulta indígena (Ministerio-del-Medio-Ambiente, 2013);
3. Las complejidades para determinar las instituciones representativas indígenas. La atomización y desformalización de liderazgos y organizaciones indígenas a menudo hace muy difícil determinar los interlocutores válidos a nivel nacional, regional y local con las cuales hay que negociar en un proceso de consulta;
4. El establecimiento de una institución única en el Poder Ejecutivo responsable de la consulta. Actualmente cada órgano responsable de la medida administrativa o legislativa debe coordinar y luego ejecutar la consulta, lo que puede producir confusión en determinar por ejemplo el concepto de afectación directa y las medidas a consultar;
5. La opción por una regulación legal chilena de la consulta y la participación indígena. La actual normativa sigue dejando la posibilidad de una judicialización de proyectos de inversión.

Es probable que los problemas identificados con la aplicación en Chile del Convenio 169 tengan que ver con insuficiente análisis respecto a las consecuencias que traería su aplicación en la práctica. Este diagnóstico es compartido por el representante de las grandes mineras en Chile, Joaquín Villarino. Él señala que al aprobar el Convenio 169 en el Congreso, no hubo una consideración especial para estudiar la institucionalidad que debe existir en el país para aplicar el Convenio y particularmente la consulta.

“En primer lugar la institucionalidad básica debe establecer quienes son las personas a consultar...La CONADI no parece ser suficiente...esto deja un espacio en el que tú no sabes quienes son tu contraparte. Lo segundo es que al aprobar el Convenio, tampoco se dio ninguna directriz sobre si la consulta iba o no a tener carácter vinculante...En tercer lugar, hay un aspecto de

resoluciones de conflictos que queda remitido obviamente a los tribunales ordinarios de justicia sin un reglamento adecuado. Por lo tanto los tribunales lo que hicieron fue interpretar el convenio sin tener un reglamento a la vista. Y luego el reglamento que se aprobó no fue consultado adecuadamente y por lo tanto los pueblos indígenas han dicho que no se aplica el Convenio. Lo que pasa es que aquí se comenzó a construir la casa por el techo en vez de por los cimientos y eso ha generado en la práctica un sinnúmero de conflictos” (Villarino, 2014).

Con el tiempo y a la luz de los casos de judicialización de proyectos que hemos visto, será necesario ir mejorando el actual reglamento para disminuir las incertidumbres y asegurar una mayor rapidez en la tramitación de la Resoluciones de Calificación Ambiental. Para el abogado experto en recursos naturales, Jerónimo Carcelén, el nuevo reglamento del SEIA “ciertamente es perfectible. Sería óptimo que hubiera habido un consenso mayor por las comunidades pero también hay que reconocer que es fruto de un trabajo bastante largo y un esfuerzo serio y de buena fe del parte del Estado por regular el tema” (Carcelen, 2014).

El experto explica que “hay dos debates relevantes en torno a la aplicación del Convenio 169: Las diversas posturas de la Corte Suprema respecto al estándar de aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas, y la constitucionalidad del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Desde que las disposiciones del Convenio entraron en vigencia en Chile, y debido a que se trata de un tema donde el marco legal y regulatorio está en proceso de implementación, las sentencias de los tribunales de justicia en esta materia han sido distintas, sin que exista un solo criterio respecto de los estándares para la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas” (Carcelen, 2014). Agrega que el desafío que Chile tiene en materia indígena es sustantivo. Por una parte se debe revisar y fortalecer su institucionalidad indígena, y por otra parte se debe implementar un procedimiento de consulta previa abierto, transparente y participativo que permita la aplicación de los criterios y estándares del Convenio 169 con la finalidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas a los proyectos de inversión. “Estos desafíos pendientes otorgarán certeza jurídica a la inversión respetando los derechos de los pueblos originarios” (Carcelen, 2014). Como veremos en el capítulo IV, los pueblos originarios tienen sus particularidades y posiciones distintas respecto a la institucionalidad que ha elegido el Gobierno de Chile para aplicar el Convenio 169 y en general sienten que sus

expectativas respecto a los derechos que este Convenio les otorga no se han visto cumplidas en la realidad.

CAPÍTULO IV

LAS RECLAMACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LA CONSULTA EN EL CONTEXTO DE LOS PROYECTOS MINEROS

Según Aylwin, Meza-Lopehandía y Yáñez, la adopción del Convenio 169 por parte de la OIT marcó un cambio de paradigma en el enfoque hacia los pueblos indígenas ya que elimina el enfoque de asimilación que está presente en el Convenio 107.

“Abre paso a una concepción plural del mundo que valora la diversidad en un marco de interacción entre formas de vida diversas y de respeto a los derechos fundamentales, lo que supone el reconocimiento de un derecho a la cultura propia y a la preservación cultural” (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, pág. 348).

El nuevo paradigma, señalan los autores citados, se manifiesta especialmente en relación a la protección del hábitat indígena ya que en ello descansa, en gran parte, su supervivencia cultural y social debido a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con las tierras y territorios. Paralelamente, destacan que el Convenio reconoce la reivindicación del movimiento indígena por conseguir la autodeterminación. Según los autores, esto se incluye en el preámbulo del Convenio, párrafo 4:

“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

Esto es particularmente importante para entender las reclamaciones que hacen las comunidades indígenas en la aplicación del Convenio ya que tiene directa relación con las normas sobre las prioridades de desarrollo económico, recursos naturales y territorios entre otros temas (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, págs. 350-351). La autodeterminación de los pueblos indígenas también tiene que ver con los recursos naturales que se encuentran en su territorios ya que según su cosmovisión del mundo, los recursos naturales son parte del hábitat y la relación con ellos debe ser de respeto y equilibrio y no de simple explotación (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, págs. 382-383).

En definitiva, lo que señalan algunos expertos es que si bien la Ley Indígena y la Ley de Medio Ambiente reconocen en Chile el derecho a la consulta frente a proyectos de inversión como los mineros, no han podido impedir que los proyectos se lleven adelante aun en contra de la voluntad de los pueblos indígenas.

“Como consecuencia de estas intervenciones económicas se han suscitado situaciones de conflicto y violación de los derechos indígenas. Ellas se han traducido en la pérdida de recursos naturales de uso tradicional, alteración del hábitat tradicional de las comunidades indígenas, contaminación ambiental y migración forzada hacia centros urbanos, todo lo cual ha redundado en el abandono de las costumbres y formas de vida indígenas, además del aumento progresivo de la pobreza” (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, págs. 196-197).

Para los expertos citados, la economía chilena basada en la explotación de recursos mineros que a menudo se encuentran en territorios indígenas, ha llevado al otorgamiento indiscriminado de concesiones privadas creando verdaderos monopolios en manos de empresas nacionales y transnacionales para la explotación de minerales. Ellos señalan que esto ha ido acompañado de controles y regulaciones ambientales deficientes (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, pág. 197). Para muchas comunidades indígenas, la minería ha significado la destrucción de sus entornos naturales y de los recursos naturales y ven dificultades en compatibilizar sus formas de vida con la extracción de minerales.

“La minería extrae cantidades muy grandes de recursos naturales que están todos sobre territorios indígenas porque Chile no se constituye sobre un espacio vacío sino que se constituye sobre un territorio ancestral indígena. Algunos fueron exterminados en el sur por ejemplo por el mismo Estado de Chile y otros están en vías de exterminación por los pasivos ambientales, por la contaminación que te dejan los tranques de relave por ejemplo” (Humire, 2014).

La incompatibilidad de intereses que manifiestan algunas comunidades indígenas con la minería llega al punto de que ellos sostengan que no es posible que la gran minería conviva con la forma de vida de los pueblos originarios y así lo señala Rolando Humire, Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños:

“De la forma en que se hace (la minería) yo creo que no (es compatible con nuestra vida). Actualmente yo creo que no porque se afectan derechos fundamentales que están en la constitución como el derecho de vivir

en un ambiente libre de contaminación. Yo creo que va a ser difícil que en Chile no se sigan haciendo nuevos proyectos mineros pero sí que se considere no solo la sustentabilidad ambiental sino también social. Que respete los derechos a la propiedad a la tierra, el derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación, el derecho a las prácticas, costumbres y tradiciones ancestrales de los pueblos, que no afecte esa parte espiritual” (Humire, 2014).

Para Donoso y Hernández, “muchas organizaciones indígenas han manifestado una alta frustración por las dificultades y retardos que se han observado en la implementación de la consulta indígena, considerando que la ratificación del Convenio 169 y su amplia difusión entre 2008 y 2009 se tradujeron en que aquellas cifraran altas expectativas en su entrada en vigencia, las que no se han visto satisfechas a juicio de muchas de ellas” (Donoso & Hernández, 2013, pág. 8). El vicepresidente de asuntos públicos de Minera Sierra Gorda, Juan Pablo Schaeffer, coincide con esta idea:

“Hay frustración en el mundo indígena. Legítima frustración. Ellos se generan expectativas frente al Convenio que por primera vez iba a haber una discriminación positiva respecto de ellos en su calidad de indígenas que los iba a llevar a tener una oportunidad de obtener cierta reivindicación histórica que no se ha dado....finalmente ellos sienten que no ha habido grandes cambios. Entonces obviamente que se generaron expectativas y en Chile no existe la institucionalidad que pueda dar respuesta a esas expectativas. Entonces no nos hemos sincerado respecto a las capacidades que tiene el Estado para responder a esas expectativas y hay un mismatch entre lo que los pueblos originarios esperan y lo que la legislación y regulación ha sido capaz de entregar” (Schaeffer, 2014).

Por otra parte, entre las comunidades indígenas también hay muchas críticas respecto a la normativa vigente para la aplicación de la consulta. Algunos consideran que el proceso para llevar a la actual legislación no los incluyó del todo, otros consideran que esta normativa es innecesaria y a menudo señalan que tanto el DS 40 como el DS 66 no garantizan sus plenos derechos. Durante una entrevista con Humire, el dirigente indígena sostuvo que en el proceso de aprobación de proyectos las empresas mineras “se han aprovechado de la inercia del Estado para simplemente bajarle el estándar al mismo Convenio 169, y eso no es aceptable”. Aunque no habla en representación del pueblo atacameño sino a modo de opinión propia, refleja el pensar de muchas comunidades indígenas que critican fuertemente la normativa para aplicar la consulta.

“Creo que hay antecedentes suficientes que han establecido que el Convenio 169 es autoejecutable, es decir no necesitaría una reglamentación. El Estado ha sostenido que para operativizar la implementación del Convenio es necesaria una reglamentación, lo cual son posiciones bien discordantes y creo que acá con los antecedentes que tenemos, al menos la reglamentación que se hizo durante el período del presidente Piñera no es en absoluto aceptable. Por un lado porque carece de la representatividad y por otro lado porque le baja el rango al Convenio en lo que respecta a la afectación directa” (Humire, 2014).

Respecto a cómo debiera ser el proceso de consulta, hay diversas opiniones, aunque la mayoría considera que la solución está en crear una institución específica para realizarla. Al respecto el dirigente atacameño opina que:

“Actualmente se menciona solo la variable ambiental pero poco queda de la variable social y espiritual. Lamentablemente la institucionalidad indígena para esta materia tiende a uniformizar como si todos los indígenas fuéramos parte de un único pueblo, cosa que no es así, existe una gran diversidad de pueblos, Chile tiene una realidad multicultural, incluso multinacional o plurinacional. A todas luces (la actual normativa) no ha dado resultado para una implementación adecuada del Convenio. Yo creo que la forma es que cada pueblo, incluso cada comunidad, determine como quiere ser consultada y como se implementa esa disposición legal en su territorio, en conformidad con su cosmovisión y el uso de sus recursos naturales y si van o no van a llegar a un acuerdo. La consulta no tiene otro objetivo que la protección y preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas. No es para llegar a acuerdos con las empresas ni para sacar más o menos plata, sino que es para proteger”.

4.1 Perfil Indígena de Chile

Para entender el contexto en que se aplica el Convenio 169 en Chile es importante conocer los antecedentes de la población indígena que habita el país, cuáles son las condiciones sociales, económicas y culturales que caracterizan los pueblos originarios del territorio nacional y qué diferencias hay entre las distintas regiones que las acogen. Según el último censo de 2002 del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), Chile tiene una población total de 15.116.435 de personas. La última encuesta CASEN del 2011 muestra que existen 1.369.563 indígenas en Chile, equivalente al 8,1% de la población, cifra que ha

ido creciendo desde 1996 cuando el porcentaje de población indígena era 4,4%. El 2003 subió a 5,3% y el 2009 a 6,9% (CASEN, 2011). Los grupos étnicos en Chile son ocho, según lo reconoce la Ley Indígena: Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Atacameño, Colla, Quechua, Alacalufe y Yámana. El grupo Mapuche es el más numeroso y corresponde al 87,3% del total de la población indígena del país, seguido por los Aymaras que conforman el 7% y en tercer lugar el pueblo Atacameño con un 3%. En cuanto a la distribución regional de la población indígena, la proporción más alta de población indígena se encuentra en las regiones IX de la Araucanía (23,5%), la I de Tarapacá (11,5%), la X de Los Lagos (9,5) y XI de Aysen (8,9%). La proporción de población indígena en regiones mineras tampoco es muy alta: en la II de Antofagasta un 3,3%, en la II de Atacama un 1,1% y en la IV de Coquimbo un 0,8%. Por otra parte, según el censo del 2002, el 64,8% de la población indígena vive en zonas urbanas y el 35,2% en zonas rurales (INE, 2008, págs. 40-41).

De acuerdo al registro de comunidades y asociaciones indígenas inscritas que tiene CONADI en las regiones mineras del norte de Chile, en la Oficina Operativa de Arica existen 65 comunidades inscritas con un total de 2.129 socios y 120 asociaciones con 6.601 socios. En la Subdirección Nacional de Iquique las comunidades indígenas inscritas son 128 con 3.702 socios y 233 asociaciones con un total de 7.360 socios. En la Oficina Operativa de San Pedro de Atacama hay 34 comunidades indígenas inscritas con 3.382 socios y 90 asociaciones con 4.773 socios. De esta forma, según el Instituto Nacional de Estadísticas, los aymara se concentran mayoritariamente en la Primera región (84,4%) y los atacameños se localizan en la Segunda y Tercera regiones (66% y 14,4% respectivamente).

Existen varios pueblos indígenas que habitan el norte minero del país. En primer lugar los aymaras que se agrupan en comunidades de Arica-Parinacota y Tarapacá, distribuyéndose en diferentes sectores del altiplano. Los aymara han ocupado este territorio aproximadamente a partir del año 1000 d.c. (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, págs. 118-119). En segundo lugar están los atacameños que habitan la parte alta, media y baja de la cuenca del río Loa, la cuenca del Salar de Atacama y el altiplano de la provincia El Loa, Región de Antofagasta.

Ellos “hablaban la lengua kunza y se diferenciaban de los pueblos vecinos por su uso del espacio, cultura y régimen de contactos fronterizos que se caracterizaban por la transversalidad y su vinculación con espacios y poblaciones que geográficamente estaban muy distantes entre sí” (Aylwin, Meza-Lopehandía, & Yáñez, 2013, págs. 130-131).

En tercer lugar en la comuna de Ollagüe y en la de Calama, Región de Antofagasta, existen dos comunidades quechuas. En cuarto lugar, las comunidades collas habitan en las comunas de Copiapó y Tierra Amarilla, provincia de Copiapó, y en la comuna de Diego de Almagro, provincia de Chañaral, en la Región de Atacama. Los Diaguitas, conocida también como huascoaltina, por su parte viven actualmente en la comuna de Alto del Carmen, provincia del Huasco, Región de Atacama (Yáñez & Molina, 2008, págs. 45-47).

Respecto a las condiciones socio económicas de los pueblos originarios de Chile, según la última encuesta CASEN un 19,2% de la población indígena vive en estado de pobreza comparado con un 14,0% de la comunidad no indígena que vive en igual situación. Por otra parte, un 4,3% de los indígenas viven en pobreza extrema, comparado con un 2,7% de la población no indígena. Asimismo, la población indígena registra un nivel de alfabetismo de 91,8%, inferior a la tasa de alfabetismo de la población no indígena que registra un 96%. También cabe destacar el elevado porcentaje de analfabetismo de las mujeres indígenas (10%) en relación con los hombres que llegan al 6,5%. De igual forma, la escolaridad promedio de la población indígena en todas las regiones del país es menor que la población no indígena. Así por ejemplo en la II Región los indígenas tienen en promedio 8,8 años de escolaridad y los no indígenas 9,5 años. En la III Región los indígenas tienen un promedio de 9,7 años de escolaridad y la comunidad no indígenas 10 años (CASEN, 2011).

En cuanto a la tasa de ocupación, es mayor entre la comunidad no indígena (51,8%) que en la no indígena (50%). El caso de los aymara es donde la brecha entre hombres y mujeres es más marcada. En cuanto a las áreas de empleo de las poblaciones indígenas, la mayoría de ellos se concentra en la agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca (20,2%), Le sigue en importancia el comercio al por mayor y menor con un 16%. Un total de 2.711 personas de etnias indígenas se desempeñan en la explotación de minas y canteras (Censo-INE, 2005, págs. 71-114). En cuanto al ingreso promedio por hora, según la

última encuesta CASEN en el 2011 el ingreso promedio por hora era de \$2.061 para la población indígena y \$3.060 para la no indígena.

4.2 Las propuestas de las organizaciones indígenas en la formulación de la normativa sobre la consulta en Chile

Entre diciembre de 2012 y abril de 2013, las organizaciones indígenas que participaron en el proceso de “consulta sobre la consulta” organizado por el Gobierno de Chile para llegar a consensos precisamente sobre la consulta, presentaron sus propias y alternativas propuestas sobre una normativa. Entre estas propuestas y a modo de nombrar algunas estuvo el “Documento Observaciones y propuesta para la consulta de los pueblos originarios” presentado por “Organizaciones Mapuche de La Araucanía”, “Propuesta de reglamento de consulta y participación indígena pueblo quechua”, “Propuesta de la mesa provincial indígena diaguita para nueva normativa de consulta y participación indígena en conformidad de los artículos 6° y 7° del Convenio N°169 de la OIT”, “Propuesta de la Mesa Indígena Colla para nueva normativa de Consulta y Participación Indígena” y “Propuesta Mesa de Diálogo para un Reencuentro Histórico”.

A continuación pasaremos a revisar los principales puntos que fueron el centro de las discusiones sobre la consulta durante las sesiones de la Mesa de Consenso y que quedaron resumidas en el documento oficial del 6 de agosto de 2013 del Gobierno de Chile: “Informe Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”. A este proceso fueron invitados por representantes de los pueblos indígenas y el Poder Ejecutivo, en calidad de observadores para al proceso de la Mesa de Consenso para discutir la propuesta del gobierno para una nueva normativa de consulta indígena, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) y el Sistema de Naciones Unidas quienes participaron a través de las Oficinas del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD);

Objeto del reglamento – La discusión en torno a este punto se debió a que los delegados indígenas señalaron que la consulta y participación son derechos indígenas y que se debieran establecer como tales. Finalmente se acordó explicitar que la consulta

previa, libre e informada es un derecho de los pueblos indígenas. Se incorporó también el término pueblos indígenas en el artículo N°1 del reglamento de consulta.

Definición de consulta – Las críticas de los delegados indígenas respecto a la propuesta del gobierno sobre la definición de consulta se debieron a que el artículo 1 tenía que establecer la consulta como derecho de los pueblos indígenas, incorporar la buena fe y que no debiera incluir la expresión “beneficio mutuo” para referirse a las dos partes que participan en la consulta. Finalmente el artículo consensuado sobre la consulta quedó de la siguiente forma: “Es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas concernidos, que se materializa a través de un proceso de diálogo de buena fe y un procedimiento apropiado, que tiene por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el título II del presente reglamento”.

Participación – Sobre este tema, los representantes indígenas señalaron que la participación es un derecho incluido en la legislación internacional y que va más allá de lo contemplado en el artículo 7 del Convenio 169. Los indígenas solicitaron que no se regulara la participación en la normativa en cuestión ya que el derecho no termina en la participación de planes y programas. Es más, los delegados indígenas señalaron que para ellos la participación es el derecho a decidir en todos los ámbitos que les compete y que no corresponde al Gobierno seguir decidiendo por ellos. La participación, señalaron, es mucho más amplia que la consulta. A lo cual el Gobierno respondió que participar no es decidir, sino que es influir en la toma de decisiones. Finalmente se consensuó no regular la participación en planes y programas de desarrollo mediante esta normativa.

Órganos a los que se aplica el derecho de consulta – La propuesta inicial del Gobierno incluía Ministerios, Intendencias, Gobiernos Regionales, Gobernaciones, Fuerzas Armadas, Fuerzas del Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos y el Consejo para la Transparencia. Los delegados indígenas solicitaron que se agregara a las municipalidades. Durante la discusión se consensuó que los órganos constitucionalmente autónomos no están exentos del deber de consulta como es el caso de los municipios, por lo que se incorporaron.

Proyectos de inversión – En este tema la discusión fue particularmente larga y no hubo consenso. La propuesta del Gobierno señalaba que los proyectos de inversión que ingresen al SEIA deberán seguir los procedimientos de consulta que contempla la Ley N°19.300 y el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En cambio los delegados indígenas señalaron que los proyectos de inversión debieran consultarse de acuerdo a los criterios establecidos por el reglamento que se estaba discutiendo en la Mesa de Consenso y no tomar en cuenta la norma ambiental ya que ellos no habían sido consultados sobre el Reglamento del SEIA. También señalaron que la consulta al interior del Sistema de Impacto Ambiental no alcanza el estándar del Convenio 169 ya que confunde la consulta indígena con la consulta ciudadana. También los delegados indígenas señalaron que, en cuanto a la actividad minera, se debe incluir la consulta para la fase de exploración, debido a que a menudo se hace en sitios arqueológicos o patrimoniales. Además sostuvieron que las formas de mitigación que acepta el SEIA no se adaptan a lo que necesitan los pueblos indígenas. Al finalizar la discusión, aunque no se alcanzó acuerdos, la propuesta del Gobierno acogió parte de lo propuesto por los delegados indígenas en el sentido de que los proyectos de inversión que ingresan al SEIA deberán realizar una consulta indígena diferenciada de la consulta ciudadana y se acordaron las etapas que debe contener la consulta realizada dentro del procedimiento de EIA.

Pueblos indígenas – Se llegó a consenso respecto a la definición de Pueblos indígenas conforme a lo establecido en el artículo primero del convenio 169 de la OIT y en el artículo primero de la ley 19.253.

Sujetos de la consulta – En este punto el Gobierno manifestó la importancia de establecer quiénes son los sujetos de consulta ya que a menudo de este punto depende el éxito del proceso, a lo cual los indígenas señalaron que muchas veces la afectación es al pueblo indígena propiamente tal y no sólo a un grupo de sujetos. Se discutió la necesidad de mejorar los registros de CONADI y se consensuó un artículo en el que queda señalado que la consulta previa se hará con los pueblos indígenas y sus miembros afectados directamente a través de sus instituciones representativas determinadas por ellos libremente.

Afectación directa – El Gobierno señaló que entiende que existe afectación directa sobre los pueblos indígenas, cuando determinada medida los afecta en su calidad

de tal. Los delegados indígenas señalaron que la afectación es hacia sus formas de vida, por ejemplo que a menudo los proyectos no están sobre sus casas, pero sí alrededor de ellas. En este caso la afectación directa debiera considerar las variables de territorio, persona e individuo y patrimonio de los pueblos indígenas que puede ser material o inmaterial. Finalmente en esta discusión no hubo consenso.

Buena fe – Al respecto, la propuesta inicial del Gobierno señalaba que la buena fe implica “respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados”. La contrapropuesta de los delegados indígenas señaló que “la buena fe implica un proceso de dialogo genuino, confianza y de respeto común, libre de presiones, de manera transparente”. Finalmente se llegó a consenso respecto de la buena fe señalando que esta “es un principio rector de la Consulta, en virtud del cual todos los intervinientes deberán actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo, libre e informado en el marco de un proceso de diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable”.

Carácter previo – El Gobierno propuso que las consultas deben realizarse previamente a la dictación de la medida administrativa o legislativa, a lo que los delegados indígenas respondieron que la consulta debe realizarse de manera previa cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas para que ellos puedan influir en la medida. Finalmente se acordó que la consulta previa es aquella que se lleve a cabo “con la debida antelación y permita al pueblo indígena concernido incidir de manera real y efectiva en la medida que pueda afectarle directamente”.

Medidas a ser consultadas – Según la propuesta del Gobierno, deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas siempre que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados. En este punto no se logró un acuerdo ya que no se pudo consensuar cuáles son las medidas a consultarse.

Procedimiento – ambas partes lograron llegar a un acuerdo respecto a las etapas que contempla la consulta y los pasos que ésta debe seguir, lo que consiste en: etapa de planificación, entrega de información y difusión del proceso de consulta, deliberación interna de los pueblos indígenas, etapa de diálogo para alcanzar un acuerdo respecto a la

medida consultada, sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, págs. 28-76).

La Mesa de Consenso fue objeto de críticas de varios grupos cercanos a las comunidades indígenas y también del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH) que hizo público un Informe Final de Observación del proceso realizado por el Gobierno para elaborar un Reglamento de Consulta Indígena. Su principal objeción al proceso fue que se habrían marginado actores relevantes y que por lo tanto la Mesa de Consenso no tendría legitimidad. De esta forma el informe señala respecto a las instituciones representativas que:

“No podemos soslayar en nuestra calidad de observadores del proceso, el hecho público y notorio que importantes sectores, organizaciones, dirigentes y autoridades indígenas se restaron de participar de esta instancia o se desistieron, en el transcurso de ella de continuar su participación” (INDH, 2013, págs. 14-15).

También el INDH, en su informe, señala que durante el proceso no se logró alcanzar consenso respecto a materias importantes para la consulta previa como el concepto de afectación directa, las materias a ser consultadas y la regulación de la consulta respecto a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas.

“Es por ello que es razonable solicitar esfuerzos adicionales orientados a superar los aspectos deficitarios detectados, que sin desconocer lo que ya se ha logrado y sobre esta base, se proponga garantizar mayores niveles de participación e inclusión” (INDH, 2013, págs. 17-18).

Respecto a los tres temas en torno a los cuales no se logró acuerdo, el INDH señala que son también los temas que han generado el mayor grado de incertidumbre a inversionistas de proyectos y que a la vez han terminado en procesos de judicialización. Respecto a las medidas a ser consultadas, en su propuesta el gobierno señaló que estas serían las medidas legislativas y administrativas que afecten a las comunidades indígenas. Las medidas legislativa son los proyectos de ley que tienen un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas y las medidas administrativas son las decisiones “que tengan

un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales” (INDH, 2013, pág. 23).

Uno de los temas que produjo mayor controversia entre las comunidades indígenas durante la Mesa de Consenso fue el debate en torno a los proyectos de inversión:

“No sólo porque la propuesta del Gobierno fue estimada insuficiente, sino porque en paralelo a las deliberaciones llevadas a cabo en la Mesa, se tramitaba en la Contraloría General de la República, la toma de razón del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, SEIA, el que de acuerdo a los representantes indígenas de la Mesa, es un instrumento inconsulto” (INDH, 2013, pág. 25).

4.3 Las críticas de los pueblos indígenas respecto al Reglamento de consulta previa

Las críticas de los pueblos originarios hacia el proceso de implementación de la consulta del Convenio en Chile se han visto reflejadas en los informes entregados a la Comisión de Expertos del CEACR. Según lo establecido en las normas de la OIT y debido a su carácter tripartito, estas críticas de comunidades indígenas y otros grupos interesados, deben ser entregadas a través de organizaciones del Estado, de empleadores o de trabajadores.

En el informe de observación de la CEACR publicado después de la 102ª reunión del organismo en 2013, se señala que la Comisión “examina las observaciones comunicadas al Gobierno en septiembre, octubre y noviembre de 2010, enviadas por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile (CONAPACH) y la Confederación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Panificadores (CONAPAN)”, quienes transmitieron memorias alternativas del pueblo aymará, comunidades mapuches, comunidades kawésqar y del pueblo rapa nui (CEACR, 2013, pág. 1). Paralelamente el informe señala que se tomó nota de las observaciones presentadas por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) en el sentido de que la falta de consenso sobre la identificación de las instituciones representativas, la definición de territorio indígena y la falta de consenso entre los pueblos indígenas sobre sus procesos internos, tiene graves consecuencias “para la seguridad jurídica, el costo financiero y la previsibilidad de las inversiones tanto públicas como privadas” (CEACR, 2013, pág. 2). En el infor-

me también se señala que la dictación del decreto supremo número 124 suscitó la oposición de las organizaciones mapuches porque vulneraba los contenidos esenciales del Convenio. La memoria alternativa del pueblo aymara también expresó su rechazo del mencionado decreto supremo. Por su parte se menciona que la CONAPACH expresó su preocupación sobre el D.S. 124 ya que:

“Se estableció un mecanismo destinado a recabar la opinión de los pueblos indígenas y no uno que permita el diálogo de buena fe orientado a alcanzar el consentimiento de los afectados por las medidas propuestas” (CEACR, 2013, pág. 5).

Expresamente se deja constancia de que el pueblo aymara insistió en que el D.S. 124 (ya derogado), excluía de la consulta a ciertos organismos públicos claves y restringía el alcance de las consultas. De la misma forma, la CUT pide expresamente que se consulten todos los proyectos de inversión que involucren afectación de derechos indígenas.

En el informe de la CEACR, la CUT también se refiere a las mesas de participación que existen en Áreas de Desarrollo Indígena (ADI). La organización representativa de trabajadores critica a las mesas de participación y señala que carecen de una instancia resolutoria de las políticas orientadas a pueblos indígenas locales y carecen de presupuesto, en definitiva que estas mesas de participación no funcionan. Por su parte la CONAPACH expresa su preocupación por las barreras institucionales que limitan la participación política de los pueblos indígenas ya que:

“No existen medidas especiales que favorezcan la participación de los pueblos indígenas o se remuevan los obstáculos institucionales que se identifican en la legislación y la práctica nacionales en materia electoral y de partidos políticos” (CEACR, 2013, pág. 6).

En cuanto a los Estudios de Impacto Ambiental, el informe de la CEACR señala que la Comisión observó que el Gobierno de Chile:

“No había establecido un deber de consulta específico a los pueblos indígenas que garantice, de conformidad con el artículo 7,3 del Convenio, que los estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de las actividades de desarrollo se lleven a cabo en cooperación con los pueblos indígenas”.

Asimismo el informe señala que los pueblos indígenas manifestaron que las leyes sectoriales ofrecían menos protección que el Convenio. En sus comentarios, la Comisión pidió al Gobierno que:

“Tome las medidas necesarias para adecuar la legislación nacional con el Convenio de manera que se consulte a los pueblos indígenas en caso de proyectos de inversión susceptibles de afectarlos directamente y que puedan participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos mineros” (CEACR, 2013, pág. 9).

Recordemos que en el 2014 el Gobierno aprobó el Nuevo Reglamento del SEIA que sí incluye una consulta indígena específica.

El siguiente informe de Observación de CEACR fue adoptado en 2013 y corresponde a la 103 reunión de expertos de 2014. En dicho informe el Gobierno de Chile señala que:

“La ratificación del Convenio presenta el desafío de conciliar la aplicación del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados con el desarrollo productivo del país, reduciendo la judicialización de los proyectos de inversión”, así como que se espera que la aprobación del entonces proyecto legislativo sobre la consulta indígena en el nuevo reglamento del SEIA “se conviertan en herramientas destinadas a mejorar la seguridad jurídica de los proyectos de inversión en el país” (CEACR, 2014, pág. 1).

En este informe la Comisión tomó nota de las indicaciones del Gobierno en el sentido de que entre marzo y julio de 2013 sesionó la llamada Mesa de Consenso para acordar una nueva normativa de consulta y participación y que como resultado se firmó el Decreto Supremo 66 que reemplazó el Decreto Supremo 124. El Gobierno señaló que no se lograron acuerdos en torno a las definiciones de afectación directa y de las medidas a ser consultadas.

Una de las principales críticas de los pueblos indígenas sobre la consulta de proyectos de inversión, que como ya hemos señalado deben ingresar a través del SEA con un EIA o un DIA dependiendo de su impacto ambiental, es que aquellos proyectos que ingresan con un DIA no necesitan consulta indígena.

“Los pueblos indígenas sostienen la necesidad de consulta de todo proyecto de inversión ingresado al SEA, así como aquellas autorizaciones administrativas cuyo fin sea la ejecución de un proyecto de inversión...Por lo demás, este reglamento, actualmente en Contraloría, deposita en el di-

rector del servicio la generación de los mecanismos de participación indígenas, vulnerando principios fundamentales de la consulta previa, libre e informada” (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, pág. 77).

Para los representantes indígenas, los proyectos de inversión no deberían consultarse dentro del procedimiento ambiental.

“En primer lugar, debido a que la institucionalidad ambiental restringiría la puesta en práctica de la consulta, al no contemplar una etapa previa de participación, que tome lugar en las etapas iniciales de planificación, antes del ingreso del proyecto al SEIA. En segundo lugar, para dichos representantes las mitigaciones, reparaciones y compensaciones de la regulación ambiental no se condicen con las necesidades de los pueblos indígenas, especialmente en los temas económicos y sociales que van más allá de lo ambiental. Por lo tanto para los pueblos indígenas, canalizar la consulta indígena por un camino autónomo como una manera de sacarla de la lógica de las externalidades bajo la cual se estructura el modelo ambiental y visualizarla en su dimensión de derechos” (Aninat, Abril 2014, pág. 5).

Parece ser que la actual fórmula para realizar la consulta a través del SEA tiene sus días contados. Dirigentes indígenas como Rolando Humire señala que:

“Cada vez que se vaya a tomar una medida administrativa o legislativa susceptible a afectar a los pueblos indígenas, no debe recaer en el Servicio de Evaluación Ambiental. Se debería generar una nueva institucionalidad y no necesariamente por la vía de una reglamentación uniformisante sino que quizás que cada comunidad, cada pueblo, porque existe el derecho de libre determinación, que cada grupo decida como lo quiere hacer” (Humire, 2014).

Otro tema que ha recibido críticas de parte de las comunidades indígenas fue la discusión en torno a las medidas a consultar, es decir aquellos actos administrativos y/o legislativos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo sobre afectación directa, afecten directamente a los pueblos originarios.

“Aquí las comunidades indígenas consideran que hacer una distinción, como quiere el Gobierno, entre efectos generales y particulares de una medida, es arbitraria ya que restringe el derecho a la consulta previa.”

Respecto a la afectación directa, las comunidades indígenas señalan que aunque comprenden que este punto es un requisito para que opere la consulta, lo consideran también un requisito “sumamente abierto” para lo cual proponen más bien “una propuesta amplia que permita incluir distintas hipótesis de afectación” (Gobierno-de-Chile-CONADI, 2013, pág. 77).

Cabe señalar que varias organizaciones indígenas y consejeros de la CONADI también expresaron su malestar respecto al proceso que llevó a cabo el Gobierno de Chile para acordar una institucionalidad para regular la consulta. En este sentido ellos señalaron que “la agenda, textos, temas y orden de la consulta no (fueron) acordados previamente con los pueblos indígenas, (y) que la metodología era inapropiada, y que se postergaba para el final del proceso la derogación del Decreto 124/2009 de MIDEPLAN y la aprobación de una nueva reglamentación de las consultas” (Anaya, 2012, pág. 6).

El INDH también se ha referido a las medidas tomadas por el Gobierno para normar el Convenio 169 respecto a los proyectos de inversión. Así, en su informe de 2013 el Instituto opinó expresamente sobre el Nuevo Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y sobre la llamada Mesa de Consenso. Al respecto señaló que:

“Valorando los esfuerzos desplegados por la autoridad ambiental en un caso y los representantes del Poder Ejecutivo en el otro, constatando que se trata de experiencias inéditas. Al mismo tiempo el INDH ha expresado su preocupación por el limitado alcance de estos procesos considerando la importancia que estos temas entrañan para los pueblos interesados” (INDH, 2013, pág. 21).

El INDH criticó el hecho de que en el nuevo Reglamento sólo se someten a consulta indígena aquellos proyectos que presentan un Estudio de Impacto Ambiental y no los que presentan Declaración de Impacto Ambiental. También expresó en su informe que:

“Se 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” (INDH, 2013, pág. 22).

4.4 Los comentarios del Relator Especial sobre la aplicación de la consulta en Chile

Cuando el Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, visitó Chile en septiembre de 2009, valoró la ratificación del Convenio 169 de la OIT pero también especificó una serie de desafíos pendientes que el país debía enfrentar para cumplir con la efectiva protección de los pueblos originarios.

“Entre los rezagos más graves identificados por el Relator Especial Anaya en relación con estos derechos se encuentran el que estos pueblos se sienten excluidos de la toma de decisiones de las políticas gubernamentales y legislativas que les conciernen” (Ciudadano, 2009).

Específicamente sobre la consulta y participación, en su informe el Relator Especial instó a las partes interesadas a “seguir fortaleciendo y hacer efectivos mecanismos de interlocución y concertación entre el Estado y los pueblos indígenas” (Ciudadano, 2009).

En el 2010 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenio y Recomendaciones de la OIT revisó la primera Memoria del Gobierno de Chile sobre la aplicación del Convenio y detectó varios defectos en el Decreto 124/2009 de MIDEPLAN para regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. En esa ocasión las críticas apuntaron a que dicho Decreto Supremo restringía las medidas a consultar y establecía plazos insuficientes para analizar las materias que debían ser consultadas por los pueblos indígenas (Anaya, 2012, pág. 5). Paralelamente, en su reporte del 2010, el Instituto Nacional de Derechos Humanos señaló sobre el DS124 que:

“La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación. Estos quedan sujetos a la consulta ciudadana establecida en la regulación sectorial y es facultativa para el órgano sectorial que emite la medida para adoptar el procedimiento contemplado en el Decreto Supremo” (INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 101).

En el 2012, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ofreció comentarios sobre la entonces propuesta de Nueva Normativa de Consulta y Participación

Indígenas que hizo el Gobierno de Chile para reemplazar el Decreto Supremo 124. En este documento, entregado al Ministro Secretario General de la Presidencia el 18 de agosto de 2012, Anaya señala que sus comentarios los formula “en virtud del mandato que le concedió el Consejo de Derechos Humanos para establecer un diálogo de cooperación sistemático con todos los actores que corresponda pertinentes...en particular sobre las posibilidades de proporcionar cooperación técnica que soliciten los gobiernos” (Anaya, 2012, pág. 3). En primer lugar Anaya valoró la decisión del Gobierno de Chile de derogar el Decreto Supremo 124/2009 del Ministerio de Planificación y buscar una normativa de reemplazo ya que ésta no cumplía con las exigencias del Convenio 169 para realizar consultas indígenas. Respecto a la nueva propuesta el Relator Especial señaló que:

“Contiene importantes elementos que podrían servir para dar cumplimiento práctico al deber estatal de consultar a los pueblos indígenas de acuerdo a los establecido en el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales. Sin embargo, en opinión del Relator Especial, el texto de la Propuesta presenta algunas deficiencias y debería ser revisado para mejor asegurar el establecimiento e implementación de procesos de consulta...” (Anaya, 2012, pág. 4).

En su informe, el Relator señala que al buscar darle cumplimiento a la consulta del Convenio 169, es de vital importancia incluir procedimientos apropiados en los reglamentos y leyes. Esto se refiere a la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas administrativas que se pretenden instalar y que pudieran afectarles directamente (recordemos que el Gobierno de Chile más tarde efectuó este procedimiento de “consulta a la consulta” para regular la consulta indígena). Anaya también se refirió a la importancia de buscar un diálogo constructivo en un marco de confianza y respeto mutuo en torno a las consultas y con la participación amplia de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas “de tal modo que el procedimiento consultivo en sí sea el resultado del consenso” (Anaya, 2012, pág. 4).

En relación al nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que aún no había sido ratificado cuando el Relator Especial hizo sus últimos comentarios, este señaló que el reglamento debiera ser consultado por los pueblos indígenas:

“Deben tomarse en cuenta las obligaciones derivadas de los diversos instrumentos y fuentes de derecho internacional aplicables, así como la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los órganos responsables de su supervisión” (Anaya, 2012, pág. 9).

También el Relator Especial señaló que respecto a la forma en que la propuesta de Reglamento define la consulta previa, se debiera enfatizar “como norma de derecho público cuyo marco, punto de partida, y finalidad son los derechos humanos de los pueblos indígenas y su salvaguarda ante las decisiones estatales” (Anaya, 2012, págs. 10-11).

Específicamente respecto a la consulta sobre los proyectos de inversión en la Propuesta de Nueva Normativa, el Relator Especial señaló que:

“Es de particular importancia que los procedimientos de consulta con respecto a los proyectos de inversión se ajusten a los estándares internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas y que estos mismos procedimientos sean debidamente consultados con los pueblos indígenas.....tal estándar, derivado del deber de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, entre otros derechos, comprende, como mínimo a)la consulta previa y, en algunos casos, consentimiento, b)la realización de estudios de impacto, c)la participación en los beneficios” (Anaya, 2012, pág. 20).

En su informe el Relator Especial también hace mención de la importancia de que en relación a los proyectos de inversión, los pueblos indígenas puedan ser consultados sobre el reparto de los beneficios. A modo de conclusión, el informe de Anaya señaló que:

“Resulta ineludible realizar ajustes y modificaciones al texto actual de la propuesta, en vista de las normas internacionales en esta materia. Además, es necesario avanzar en un proceso de diálogo 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.

Este punto ha sido entendido por varias comunidades indígenas como el legítimo derecho de participar en decisiones desde el inicio de un proyecto y así lo expresa el dirigente atacameño, Rolando Humire.

“De la experiencia que hemos observado internacionalmente donde se construyen los diálogos, la gran diferencia es el momento en que se inician los diálogos. Debe ser en la prospección y no cuando exista ya un EIA. En casos exitosos como Canadá, con diálogos que terminan en acuerdos, se inicia el diálogo en la planificación del proyecto y se hace de manera conjunta. Así las comunidades tienen la legítima posibilidad de decidir cómo se hará un proyecto” (Humire, 2014).

CAPITULO V

LAS OPORTUNIDADES QUE PRESENTA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169

Pese a todos los problemas que hemos analizado sobre la ratificación e implementación del Convenio 169 en Chile, esta exigencia se puede mirar como una nueva oportunidad para la industria minera de abordar las relaciones con los sectores indígenas a través de un diálogo regulado y de mutuo acuerdo. Para las empresas mineras se trata de una nueva oportunidad para obtener prestigio corporativo. Por otra parte, para las comunidades indígenas el Convenio representa una oportunidad de defender sus intereses de una manera dialogante y propositiva ya que este instrumento por un lado ha evidenciado el valor de la diversidad cultural que entregan los pueblos originarios y por otro ha dado reconocimiento a su derecho de elegir la forma de vida que ellos quieran. Es muy probable que en el futuro el éxito de las empresas mineras dependa en gran parte de la habilidad que estas tengan de relacionarse con las comunidades, tanto indígenas como no indígenas, que habitan las zonas donde están los recursos minerales.

“En la próximas décadas, las compañías mineras deberán planificar sus operaciones de manera de satisfacer tanto las expectativas de la sociedad, que van en aumento, como las mayores regulaciones relativas a la responsabilidad medioambiental y social. Se espera que las compañías mineras sean verdaderos ciudadanos corporativos y consideren las necesidades de todos aquellos que resulten afectados (ya sea directa o indirectamente) por sus operaciones. Esta expectativa se está traduciendo en mayores niveles de informes y regulación de sustentabilidad, como asimismo en mayores niveles de acción comunitaria. Obtener y mantener el apoyo de la comunidad a los proyectos mineros será uno de los factores principales para administrar el riesgo durante los próximos veinte años, especialmente a medida que vemos cómo crecen los niveles de preocupación ambiental y social en las economías en desarrollo” (CSIRO, 2014, pág. 255).

En toda la literatura revisada para el presente estudio se observan algunos puntos de coincidencia respecto a la forma en que las empresas mineras debieran proceder en sus relaciones con pueblos originarios;

- 1) Asegurar su igualdad ante la ley y no discriminación.
- 2) Asegurar su derecho a preservar su identidad cultural y a decidir sus propias prioridades de desarrollo.

3) Asegurar su derecho a participar en las actividades y decisiones de la empresa que les conciernen (Donoso S. R., 2014 , pág. 19).

A continuación analizaremos mecanismos, estándares, metodologías e instrumentos que tienen las empresas mineras para cumplir con el Convenio 169 y sus obligaciones a favor de los pueblos originarios.

5.1 Mecanismos utilizados por las empresas mineras para cumplir con la consulta

En la actualidad, las grandes empresas mineras, en su mayoría corporaciones transnacionales que operan en varios países, trabajan con estándares y principios aceptados internacionalmente y establecidos por organizaciones como el *International Council on Mining & Metals (ICMM)*, el *Minerals Council of Australia* y *The Mining Association of Canada*.

Algunos conceptos teóricos y prácticos que guían el trabajo de muchas grandes mineras son la sustentabilidad y la construcción de relaciones de confianza. Sin embargo las metodologías para relacionarse con las comunidades en general y las comunidades indígenas en particular todavía están evolucionando, ya que las empresas mineras solamente comenzaron hace pocos años a trabajar con planes estructurados de relaciones comunitarias y aún falta evaluar el impacto a largo plazo de dichas estrategias (Australian-Government, 2006, pág. 3). A menudo, este relacionamiento comunitario debe ser con pueblos originarios, que tienen sus propias particularidades, intereses y formas de vida y que hoy, con el Convenio 169, y la Declaración de los Derechos Indígenas cuentan con mayor protección y derechos ampliados. La mayoría de estas organizaciones internacionales que reúnen a las grandes empresas mineras abogan por la construcción de confianzas y diálogos con los pueblos originarios, una realidad que en los casos analizados en Chile es muy escasa. En estos casos se observó que la relación entre comunidades y empresa se da solamente en torno a la presentación del Estudio de Impacto Ambiental cuando ya es muy tarde para construir confianzas y lo que ocurre es una discusión sobre las demandas para compensar y mitigar los posibles efectos. Lo que se requiere entonces es el tiempo y la dedicación necesaria para comprender a cabalidad las particularidades culturales y sociales de los pueblos originarios emplazados en las zonas de posibles pro-

yectos y la buena fe para construir un acercamiento a largo plazo con dichos pueblos. A continuación describiremos algunos de los instrumentos que guían el trabajo comunitario de grandes empresas mineras, al menos en teoría y que sirven como punto de partida y guía para lograr las confianzas necesarias con las comunidades indígenas en Chile. En este sentido por ejemplo, el *Mining Association of Canada* establece obligaciones para sus empresas socias para el relacionamiento con comunidades indígenas que se pueden resumir de la siguiente manera:

- 1) Respetar a los indígenas y sus tratados y buscar comprender perspectivas y posiciones locales sobre sus derechos.
- 2) Reconocer y respetar los intereses particulares de comunidades indígenas en áreas sociales, económicos, culturales y ambientales.
- 3) Vincularse con comunidades indígenas para crear relaciones abiertas y efectivas durante la vida útil de una mina.
- 4) Construir relaciones de entendimiento cultural mutuo para que los trabajadores de la mina también comprendan las particularidades culturales de las comunidades indígenas.
- 5) Iniciar participación y consultas con comunidades indígenas tempranamente en el ciclo del proyecto minero.
- 6) Desarrollar conjuntamente con las comunidades indígenas, acuerdos de participación.
- 7) Trabajar conjuntamente con comunidades y gobiernos locales para promover e impulsar el desarrollo comunitario.
- 8) Promover el involucramiento de comunidades indígenas en programas de monitoreo ambiental.
- 9) Desarrollar políticas y procedimientos de la empresa que respalden los principios de una minería sustentable (*The-Mining-Association-of-Canada*, 2008, pág. 1).

5.1.1 El International Council on Mining & Metals (ICMM)

Las grandes empresas mineras que operan en el mundo, son, en su mayoría, socias del Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM por sus siglas en inglés), con sede en Londres. Esta organización, establecida en 2001 para “mejorar el rendimiento del desarro-

llo sostenible en la industria de la minería y los metales”, cuenta con una Declaración de Posición respecto a “Los Pueblos Indígenas y la Minería” (ICMM I. C., Mayo, 2013, pág. 6). Este documento de mayo del 2013 incluye compromisos para las empresas socias del ICMM respecto a su relación con los pueblos indígenas que pudieran ser afectados por el desarrollo de la minería. El ICMM exige a sus empresas socias trabajar para lograr el consentimiento de las comunidades indígenas para llevar a cabo un proyecto bajo los principios de buena fe y transparencia, tal como lo señala el Convenio 169. Por ahora la aplicación de estos principios es voluntaria para los socios pero a partir de mayo de 2015 la “Declaración de Posición” entrará en efecto y será obligatoria para todas las empresas mineras socias. Esto significa que el proceso de consulta para mineras y comunidades indígenas deberá garantizar que las comunidades tomen decisiones libremente sin intimidación ni manipulación, que tengan suficiente tiempo para comprender y analizar los impactos antes que estos ocurran y que las comunidades estén completamente informadas sobre los proyectos mineros y sus potenciales impactos y beneficios. Respecto a la consulta, la Declaración de Posición de la ICMM señala que:

“Los pueblos indígenas suelen tener características culturales, estructuras de gobierno y formas de interactuar y tomar decisiones que los distinguen de la población no indígena. Esto exige que las compañías se relacionen con los pueblos indígenas de manera adecuada desde un punto de vista cultural y que, en el marco de una participación comunitaria de mayor amplitud, se preste particular atención a las capacidades, derechos e intereses de los pueblos indígenas” (ICMM I. C., Mayo, 2013, pág. 3).

El resultado esperado es que las comunidades indígenas puedan dar su pleno consentimiento a una inversión minera a través de un proceso que ha sido respetuoso con sus tradiciones, costumbres y creencias. Expresamente los deberes de las empresas mineras socias se resumen en respetar los derechos, intereses y lazos especiales de los pueblos indígenas con la tierra y el agua cuando los proyectos mineros se ubiquen en lugares que ellos habitan, adoptar y ejecutar procesos de colaboración y consulta donde se garantice la plena participación de las comunidades indígenas y trabajar para obtener el consentimiento de los pueblos indígenas (ICMM I. C., Mayo, 2013, pág. 2).

Entre los compromisos que adquieren los países socios del ICMM específicamente respecto a los pueblos indígenas se encuentran;

1. Establecer una relación con pueblos indígenas potencialmente afectados para asegurar que el desarrollo de proyectos mineros no afecte sus intereses y formas de vida, minimicen los efectos adversos, entreguen las compensaciones adecuadas y aseguren las posibilidades de desarrollo sustentable de las comunidades indígenas.
2. Entender y respetar los derechos e intereses de los pueblos originarios en relación con un proyecto minero, para lo cual se deben realizar evaluaciones de impacto de manera participativa e incluyente.
3. Acordar lo más pronto posible durante el período de planeación de proyectos, cuáles serán las maneras de participación y consulta con los pueblos indígenas y las autoridades de gobierno para llevar a cabo una negociación de buena fe.
4. Trabajar para obtener el consentimiento de las comunidades indígenas para proyectos mineros ubicados en sus tierras, aunque las comunidades no tienen derecho a veto.
5. Colaborar con las autoridades para lograr resultados acordes a la declaración de Principios de la ICMM.
6. Enfrentar la probabilidad de que se presenten diferencias de opinión que, en algunos casos, puedan traducirse en contratiempos o demoras para alcanzar acuerdos de buena fe (ICMM I. C., Mayo, 2013, pág. 4).

Respecto al punto 4, Donoso señala que:

“Una empresa minera que es miembro del ICMM tiene regulaciones del ICMM respecto a lo que debe o no hacer. Y eso incluye por ejemplo que ahora el ICMM...exige un nuevo estándar que viene en su último position paper en materia de pueblos indígenas que le va a exigir a las empresas miembros trabajar para conseguir el consentimiento de las organizaciones indígenas bajo ciertos supuestos. En cambio el 169 dice que hay que consultar con miras para conseguir el consentimiento, osea el ICMM se acerca más a la declaración de Naciones Unidas. Entonces la ICMM es otra regulación que complica a las mineras” (Donoso S. R., 2014).

Paralelamente a estas obligaciones específicas sobre los pueblos originarios, las empresas socias de la ICMM también deben adherir a los 10 principios de desarrollo sustentable que incluyen, por ejemplo, el integrar los temas de sustentabilidad al proceso de toma de decisiones de la empresa, apoyar los derechos humanos fundamentales y el respeto por culturas, costumbres y valores; en la relación con los empleados y otros grupos afectados por sus actividades, buscar el mejoramiento continuo del desempeño ambiental, contribuir

a la conservación de la biodiversidad y a enfoques integrados de planificación territorial y contribuir al desarrollo social, económico e institucional de las comunidades situadas en sus áreas de operación, asegurándose que las minorías y otros grupos marginados disponen de medios equitativos y culturalmente justos para involucrarse en el proceso (ICMM, págs. 6-9).

5.1.2 El relacionamiento comunitario de las grandes empresas mineras y la “Licencia Social para Operar”

El panorama de conflictos sociales entre las empresas mineras y comunidades indígenas y no indígenas ha aumentado considerablemente en el último tiempo, dificultando el desarrollo de proyectos y a menudo causando graves daños reputacionales para las empresas.

Según un informe elaborado por el Banco Mundial y la consultora ambiental Poch denominado “Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo”, tanto comunidades indígenas como empresas mineras reconocen que es primordial establecer tempranamente relaciones de trabajo y diálogo cuando se va a realizar un proyecto minero en una zona habitada por pueblos originarios. Solamente cuando se logra una relación armónica y de beneficio mutuo, sostiene el informe, es posible desarrollar los proyectos de inversión y mejorar la calidad de vida de las comunidades que habitan zonas en las que se encuentran los proyectos mineros (Poch, 2014, págs. 5-8). La minería es una actividad de largo plazo y que incluye varias etapas que deben ser consideradas para la aproximación con comunidades indígenas. De esta manera los proyectos mineros pasan por ciclos que parten con la identificación de una veta de mineral, el desarrollo del proyecto y la extracción de los minerales y finalmente el cierre de la faena. Este proceso se divide en cinco fases que son la exploración, el diseño del proyecto, la construcción del proyecto, la explotación del mineral y el cierre de faenas. Cada una de estas fases presenta un desafío y también una oportunidad para relacionarse con las comunidades indígenas (Poch, 2014, pág. 9).

La fase de exploración es aquella en la que ocurre la búsqueda de recursos mineros y consiste en el reconocimiento del terreno, la toma de muestras de la superficie, estudios

geofísicos, perforaciones y excavaciones. Los estudios que se realizan en esta etapa determinarán finalmente si un proyecto es o no rentable. Si bien la intervención en esta etapa temprana es poco invasiva, si producirá un impacto para la una comunidad indígena que habita la zona y temor de parte de la población sobre futuros impactos ambientales y sociales. Es por esto que una compañía realizando trabajos de exploración ya debiera tener una primera aproximación informativa con las comunidades. La segunda fase de un proyecto es la del diseño en la que se define la forma que tendrá la faena, el tamaño y como será construida. Con esto ya es posible determinar cuál será el área de influencia del proyecto y cuáles son las comunidades que serán afectadas directa o indirectamente. Según el informe de Poch, esta es la etapa más clave para establecer relaciones con las comunidades indígenas que habitan las zonas aledañas al proyecto. Es además en esta fase de diseño, cuando se ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, cuando la ley exige la realización de la Consulta Indígena conforme al Convenio 169. Recordemos que la consulta se debe llevar a cabo de forma previa a la ejecución del proyecto para que las comunidades indígenas puedan incorporar sus observaciones si fuera necesario. La siguiente fase de un proyecto es la construcción que incluye la ingeniería de detalles, las compras de equipos y materiales, la construcción de las obras y el montaje de estructuras. Se trata de una fase que sin duda causa impactos para las comunidades indígenas aledañas ya habrá un mayor uso de los caminos, movimientos de tierra, impactos en terrenos de uso agrícola, posible disminución de recursos hídricos, contaminación del aire y modificación del ambiente natural. La cuarta fase es la operacional que consiste en las actividades de extracción y procesamiento del mineral. Es la etapa más larga del proceso minero y su extensión dependerá de la cantidad de mineral que existe en la zona. En esta etapa generalmente contrata mano de obra que puede o no ser local, se pone en marcha el proyecto, se produce mineral y eventualmente se puede realizar una expansión de la mina. A menudo en esta etapa ocurren conflictos con las comunidades aledañas debido a los efectos de la operación como contaminación y disminución del agua, contaminación ambiental y efectos sociales sobre las comunidades. Finalmente la quinta etapa de un proyecto es el cierre de una faena minera que consiste en el cese de las operaciones, el desmantelamiento de los equipos y la rehabilitación del sector. Esta fase también debe ser comunicada a las comunidades indígenas de manera anticipada ya que puede

tener importantes efectos sobre la población como la pérdida de puestos de trabajo (Poch, 2014, págs. 9-11).

Existe consenso entre los expertos en relacionamiento comunitario sobre la importancia de comenzar lo más temprano posible en el desarrollo de un proyecto, a relacionarse con las comunidades. Ximena Abogabir, presidenta de la Fundación Casa de la Paz, dice que este es uno de los requisitos claves para realizar una consulta exitosa.

“Hay que hacer (las consultas) antes, desde la etapa de ideas del proyecto. Así como hacen *due diligence* financiero, *due diligence* legal y *due diligence* ambiental, que hagan un *due diligence* social y ahí entiendan cuáles son los intransables” (Abogabir X. , 2014).

Lo mismo opina el vicepresidente de asuntos públicos de la minera Sierra Gorda, Juan Pablo Schaeffer.

“Lo que le recomendaría a una empresa que está iniciando un proyecto es iniciar relaciones comunitarias lo antes posible en etapas tempranas, escuchando a las comunidades y tratando de ver como la estrategia de la empresa responde a eso de manera de asegurarse que el proceso de consulta sea un proceso que tenga bases consensuadas previamente” (Schaeffer, 2014).

Hace poco más de una década, en la gran minería se comenzó a usar el término “Licencia Social para Operar (LSO)” que se refiere a la forma en que las comunidades o un grupo de interés mira, evalúa o acepta un proyecto minero. Específicamente, el término quiere decir que una comunidad, de manera conceptual, y dependiendo del desempeño social de una empresa, decide otorgar la Licencia Social si acepta trabajar conjuntamente con una empresa minera buscando la forma de avanzar hacia un desarrollo sustentable de su comunidad y al mismo tiempo permitiendo el desarrollo del proyecto minero. En este sentido, cuando una empresa incluye a las comunidades en la planificación del proyecto desde el inicio, será más fácil conseguir la licencia social para operar, lo que se obtiene con buenas relaciones con todas las partes interesadas en lo que también se ha llamado una relación “*win-win*”. Dados los conflictos que se han planteado en el mundo minero en relación a la consulta indígena, la LSO está hoy más vigente que nunca como un ejemplo

de buena práctica a seguir por aquellas empresas interesadas en establecer relaciones duraderas y de beneficio mutuo con los pueblos originarios.

“En la actualidad, muchas empresas mineras consideran la obtención de una LSO como un gasto de negocio apropiado que agrega valor a la larga. Entre las consecuencias de no contar con una LSO se incluyen costos financieros más altos, mayores dificultades para la contratación de mano de obra calificada, pérdida de maquinaria por actos de vandalismo, costosos retrasos en las operaciones mineras y posibles cierres de las minas derivadas de la oposición de la comunidad a la mina” (Fraser-Institute, pág. 1).

Aunque no existen fórmulas infalibles para conseguir una LSO, las condiciones necesarias son:

- 1) El establecimiento de buenas relaciones con las comunidades y autoridades locales,
- 2) La comunicación abierta,
- 3) La inclusión de todos los actores involucrados,
- 4) La honestidad,
- 5) La divulgación de toda la información y transparencia en los procesos de exploración y explotación del mineral,
- 6) El respeto por las normas culturales locales y
- 7) Mantener cierta flexibilidad al tratar con las comunidades,
- 8) iniciar un proceso de involucramiento comunitario lo antes posible (Fraser-Institute, pág. 1).

Todas estas prácticas están también implícitas en una consulta indígena y así lo han entendido países de larga trayectoria minera que han logrado buenas relaciones con sus pueblos originarios como Canadá y Australia. Para la académica de la Universidad de Queensland y experta en relaciones comunitarias, Pam Bourke, “el escenario mundial para estos temas (de relaciones con las comunidades y pueblos indígenas) ha cambiado radicalmente en los últimos años, como lo demuestra la amenaza constante de paralización o suspensión de proyectos en distintos lugares del globo”. Las razones para estos cambios, explica Bourke son un crecimiento y empoderamiento de las Organizaciones No

Gubernamentales que vigilan el desempeño de las empresas, mayores estándares mundiales en torno al desarrollo sustentable y mayor empoderamiento de las comunidades (Rodríguez, 2012, pág. 1). La experta señala que lo más importante que deben considerar las empresas mineras al relacionarse con las comunidades es actuar con transparencia, mantener un diálogo fluido y realizar procesos participativos. Adicionalmente las empresas deben manejar correctamente y con transparencia sus impactos sobre el entorno, desarrollar relaciones de confianza y honestidad con las comunidades y compartir los beneficios de la operación minera.

“Las empresas deben involucrarse con las comunidades por medio de lo que llamamos un desarrollo comunitario sustentable, proceso en el que deben entender a la comunidad y sus necesidades en el largo plazo y definir qué clase de inversiones se necesitan para ayudarla a futuro, incluso después de que las compañías se vayan del lugar” (Rodríguez, 2012, pág. 2).

Sobre las comunidades indígenas, Bourke señala que en la mayoría de los países donde convive la minería con comunidades indígenas, éstas “están buscando ser parte del desarrollo, luchando contra condiciones adversas como resultado de la colonización, con mucha pobreza y desventajas. Pasa en muchas partes del mundo, como Australia o África. El discurso de las comunidades indígenas es que quieren forjar su propio futuro, a su manera (Rodríguez, 2012, pág. 3). La experta explica que las relaciones con los pueblos originarios son particularmente desafiantes y que requieren aún mayor diálogo por parte de las empresas mineras. Además, se ha visto en países como Australia y Canadá que estas comunidades no quieren una fundación o trabajar en las empresas sino buenas oportunidades de negocios, contratos con las mineras para prestar servicios o incluso ser accionistas de las compañías y obtener parte de las ganancias.

“En Queensland recientemente la comunidad hizo su propia mina, algo nunca antes visto. El desafío para la industria minera es cómo responder a esto, con fuerza y poder, o con diálogo, sentándose a la mesa a conversar” (Rodríguez, 2012, pág. 3).

Aunque las grandes empresas mineras contribuyen al desarrollo de los países a través del pago de impuestos, contratación de mano de obra, encadenamiento productivo y donaciones en las comunidades donde operan, muchas de estas empresas ya han evolu-

cionado hacia un nuevo trato con las comunidades que busca contribuir al bienestar de las personas en el largo plazo e incluso para las futuras generaciones en lo que se llama desarrollo sustentable. De la mano con la sustentabilidad se usa el concepto de desarrollo comunitario que incluye el desarrollo económico, social y cultural de una comunidad para mejorar la calidad de vida de las personas. Es un proceso mediante el cual las comunidades se logran empoderar a través de la participación y la búsqueda de mayores oportunidades (Australian-Government, 2006, pág. 31).

Para avanzar hacia un desarrollo sustentable de la minería, la mayoría de las grandes empresas manejan importantes programas de desarrollo comunitario, generalmente a cargo de un área específica de la compañía para hacerlo. Puede tratarse de un departamento de relaciones comunitarias, incluso de un área de relaciones indígenas. Otras empresas crean fundaciones con importantes presupuestos para manejar su inversión social. A menudo, otras áreas de las empresas como recursos humanos o abastecimiento (encargado de las compras), también están involucradas en las relaciones comunitarias a través de la captación y capacitación de mano de obra local y el trabajo con proveedores.

“En este escenario, las empresas han debido enfrentar los problemas a través de diversas acciones; así, la gran mayoría de ellas cuenta con ejecutivos a cargo de las relaciones comunitarias, con la responsabilidad de implementar medidas acordes con las disposiciones del Convenio 169 OIT. Que el 82% de las empresas encuestadas cuenten con ejecutivos a cargo de esta tarea, es un reflejo de la relevancia que ha ido adquiriendo este tema” (PricewaterhouseCoopers, 2014, págs. 15-16).

El mismo estudio señala también que aunque existe mayor conciencia de parte de ejecutivos mineros sobre la importancia de trabajar adecuadamente con las comunidades y particularmente en la aplicación del Convenio, “el 65% (de los ejecutivos mineros encuestados señala que) no cuenta con un plan de acción para dar cumplimiento a las disposiciones.

“Esto da luces de un problema de gestión estratégica; cuentan con encargados, pero esos encargados no poseen las herramientas necesarias para dar respuesta a los eventuales conflictos a los que se pueden enfrentar. Lo anterior significa que, al momento de consultar a las comunidades y de generar planes de mitigación y/o compensación, las empresas llevan a cabo procesos que no se enmarcan dentro de ningún plan o estrategia de la empresa” (PricewaterhouseCoopers, 2014, págs. 15-16).

5.1.3 Las buenas prácticas de la gran minería con las comunidades

Las buenas prácticas para el relacionamiento con las comunidades indígenas se definen como:

“La búsqueda de acciones oportunas que lleven a una convivencia armónica entre los pueblos indígenas y el desarrollo de la minería, mediante relaciones sustentables y éticas bajo un marco de confianza, reconocimiento de su cultura, involucramiento comunitario y prevención de conflictos, siempre en la búsqueda de minimizar riesgos y maximizar efectos positivos” (Poch, 2014, pág. 14).

Según el informe “Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo”, las buenas prácticas, que son importantes tanto para las comunidades como para las empresas, deben incluir cinco dimensiones:

- 1) Respeto a la normativa vigente – esto se refiere a la adopción de las normas ambientales y sociales que aportan a la nivelación de información de las comunidades indígenas sobre un proyecto minero.
- 2) Empoderamiento – son las actividades que facilitan la participación de las comunidades indígenas y les dan la capacidad de decidir bajo sus propios mecanismos de toma, de decisión.
- 3) Protección del patrimonio natural, cultural y religioso de las comunidades.
- 4) Desarrollo de canales efectivos de comunicación con las comunidades – se refiere al establecimiento y mantenimiento de una buena práctica de relacionamiento con las comunidades indígenas. El objetivo es que las empresas puedan establecer y llevar a cabo un diálogo permanente y positivo que ayude a llegar a acuerdos y consensos.
- 5) Apoyo al desarrollo local – se refiere a lograr la activa participación de la comunidad indígena en las decisiones sobre los programas que una empresa minera pueda poner en marcha en los territorios habitados por comunidades indígenas aledañas a proyectos mineros. Es deseable que estos proyectos y programas sean de carácter sustentable, es decir que sirvan para el futuro y no solamente durante el período de duración de un proyecto. Y finalmente estos programas deben estar alineados con las necesidades que tengan las comunidades afectadas para lo cual es necesario el diálogo y la participación indígena (Poch, 2014, págs. 14-16).

Si bien el relacionamiento con comunidades indígenas con las características que hemos mencionado es un fenómeno relativamente reciente, existen ejemplos de buenas prácticas en la industria minera que vale la pena mencionar ya que corresponden a ejemplos en que las empresas mineras participaron en procesos de diálogo con comunidades indígenas a través de mecanismos horizontales de negociación en los que estuvieron presentes las disposiciones del Convenio 169 para la participación con pueblos originarios. A continuación nombramos algunos ejemplos de buenas prácticas.

- **Proyecto Minero Arqueros:** diálogo anticipado y acuerdo con comunidades Colla. Este proyecto minero, ubicado en la comuna de Diego de Almagro en la Región de Atacama pertenece a la Minera Laguna Resources de Kingsgate Consolidated. Se trata de un proyecto para extraer recursos mineros que cuenta con una Resolución de Calificación Ambiental del 3 de julio de 2013. La empresa minera reconoció tempranamente la existencia de prácticas trashumantes de parte de las comunidades Colla por la zona de emplazamiento del proyecto. Se llevaron a cabo conversaciones con las comunidades con el reconocimiento expreso de la empresa de que existe un derecho de las comunidades al uso de territorio al mismo tiempo que la empresa tiene el derecho a explotar los minerales según la ley vigente. La empresa llevó a cabo un proceso de diálogo temprano según los estándares del Convenio 169 desde el inicio del proyecto, incorporando observaciones realizadas por las propias comunidades indígenas. A pedido de las comunidades se realizó un estudio independiente de posibles impactos ambientales y como resultado del estudio se reconocieron riesgos como por ejemplo la pérdida de acceso a zonas de pastoreo, de recolección de plantas medicinales y recursos energéticos, entre otros. Con estas conclusiones, la empresa y las comunidades indígenas, a través de una mesa de trabajo, tomaron medidas para proteger el patrimonio, cambiando por ejemplo el trazado del camino del proyecto, incorporando medidas para reducir la velocidad de los vehículos y la entrega anual de forraje en zonas de pastoreo afectadas. Minera Arqueros y las comunidades Colla firmaron la “Primera Consulta Indígena” en el marco de las recomendaciones del Convenio 169 aunque sin participación del Estado (Poch, 2014, pág. 65).

- **Minera El Abra:** relacionamiento con la comunidad de Ollagüe.
Minera El Abra, ubicada en la Región de Antofagasta, es un proyecto conjunto entre la empresa Freeport-McMoRan y CODELCO. El Abra desarrolla una relación permanente con el poblado Quechua de Ollagüe para proteger su patrimonio natural y cultural. La relación es también estrecha con el municipio de la localidad, lo que es acompañado por una comunicación permanente y estable que genera cofinanciamiento de proyectos por ejemplo en el área de educación escolar y pre escolar así como becas de estudios superiores. También se ha logrado realizar importantes proyectos de capacitación para el emprendimiento de mujeres y mejoramiento de infraestructura. Actualmente se está trabajando con el municipio y la empresa para instalar una planta fotovoltaica para entregar energía eléctrica permanente al poblado (Poch, 2014, pág. 69).
- **Proyecto Minero Gaby:** desarrollo comunitario en Santiago de Río Grande.
Este proyecto minero pertenece a CODELCO y se ubica en la Región de Antofagasta. Cercana a la faena vive la comunidad indígena de Santiago de Río Grande que vive de la agricultura y la ganadería. Sus miembros están preocupados por la emigración de sus habitantes hacia centros urbanos y la acelerada disminución de la población. La empresa Minera Gaby ha desarrollado procesos de diálogo con la comunidad indígena apoyando sus esfuerzos por proteger sus costumbres, su lengua nativa, la producción artesanal y el fomento del turismo a través de la firma de un Plan Integral de Apoyo a largo plazo. Estos esfuerzos se realizan desde las etapas tempranas del proyecto minero, el que desde sus inicios privilegió el respeto a las tradiciones indígenas (Poch, 2014, pág. 70).

5.1.4 El informe del ex Presidente Ricardo Lagos y el informe alternativo

El 18 de junio de 2014, el ex presidente Ricardo Lagos y un grupo de especialistas de diferentes sectores vinculados a la minería como economistas, empresarios, ambientalistas, proveedores, dirigentes comunitarios y trabajadores mineros, presentaron a la presidenta

Michelle Bachelet, una propuesta de cómo debería llevarse a cabo la industria minera en Chile. El informe, que el gobierno se encuentra actualmente estudiando, se denomina “Minería y Desarrollo Sostenible de Chile. Hacia una Visión Compartida”, y fue elaborado en absoluta reserva hasta el momento de su entrega oficial. En la introducción se indica que:

“Chile requiere de una visión sobre su minería, que sea compartida por todos los actores interesados, para que promueva en forma más efectiva el desarrollo sostenible del país” (Bande, y otros, 2014, pág. 1).

En sus quince páginas, la propuesta desarrolla la visión del grupo que reconoce la importancia que tiene este sector productivo para el desarrollo del país:

“Proponemos que la industria minera en Chile se convierta en un ejemplo a nivel internacional y en un orgullo nacional, por su aporte al crecimiento económico sostenible, por su contribución a un desarrollo con mayor equidad social y solidaridad regional e inter-generacional del país y de sus regiones mineras. Proponemos una minería virtuosa, inclusiva y sostenible” (Bande, y otros, 2014, pág. 2).

El informe propone tres grandes desafíos: crear una industria minera virtuosa, promover el desarrollo sustentable y construir un sector inclusivo. En el segundo y tercer desafío el informe se refiere expresamente a la consulta indígena.

En temas de usos y propiedades del suelo, el informe señala que conforme al Convenio 169, es necesario buscar formas que permitan la participación de las comunidades indígenas en los beneficios que genera la minería, así como compensación y reparación cuando se requiera. Concretamente para asegurar esto, señala el informe, hay que:

- 1) Resolver demandas ancestrales pendientes sobre territorios y regularizar los derechos de propiedad de comunidades indígenas,
- 2) Mejorar la información sobre territorios y hábitat que ocupan comunidades indígenas lo que ayudará a asegurar el respeto de los derechos de esas comunidades,
- 3) Mejorar la entrega de información en las consultas indígenas, lo que ayudaría a disminuir los conflictos socio-ambientales y

4) Contribuir a la protección y restitución del Patrimonio Ambiental y Cultural del país y de los pueblos indígenas que lo habitan (Bande, y otros, 2014, pág. 10).

Respecto al proceso de consulta indígena, el informe explicita que es indispensable contar con una adecuada reglamentación de los procesos de participación de comunidades afectadas por proyectos mineros, conforme a lo definido por el Convenio 169 de la OIT. Asimismo reconoce que la actual reglamentación para la consulta indígena ha sido:

“Parcialmente impugnada por representantes de los pueblos indígenas sea porque no les fue consultada o porque consideran que establece umbrales inferiores a los establecidos en el Convenio” (Bande, y otros, 2014, pág. 11).

Sobre los procesos de consulta indígena, el informe reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a procesos de diálogo, participación y consulta garantizados por el Estado y con la genuina representación de los pueblos indígenas, para lo cual se requiere;

“Regular mejor estos procesos para que se anticipen a las decisiones y adquieran un carácter preventivo y no sólo de mitigación; para que sean simétricos en capacidades de representación de los distintos actores y para que efectivamente obliguen a las partes respecto de las decisiones que se adopten. Como también generar las condiciones que permitan cumplir con los compromisos formalmente adquiridos en los procesos de participación ciudadana y de consulta a los pueblos indígenas” (Bande, y otros, 2014, pág. 11).

Específicamente en este sentido, los expertos que participaron en la elaboración de dicho informe recomendaron que para evitar la judicialización de los proyectos mineros se necesita:

- 1) Fortalecer o modificar la institucionalidad de participación del SEA de manera que atienda oportunamente los procesos de consultas previas y participación de las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas directamente por proyectos mineros,
- 2) Proveer información pública oportuna, comprensible y permanente durante las distintas fases del proyecto,

- 3) Crear un fondo que permita habilitar a las comunidades indígenas susceptibles a ser afectadas directamente por proyectos mineros, con información técnica especializada, esto, con el objetivo de que participen en igualdad de condiciones y
- 4) Contar con un sistema de monitoreo y evaluación de los compromisos que adquieran las partes, que informe de manera oportuna su nivel de cumplimiento (Bande, y otros, 2014, págs. 11-12).

De esta manera es posible observar que el grupo de expertos recomienda explícitamente cambios a la actual regulación ambiental respecto a la consulta, aunque no hace una recomendación de cuáles deben ser estos cambios y en qué dirección debieran ir. En cuanto al desafío de la inclusividad, el informe señala que éste debe ser asumido por todos los actores de la minería, es decir las empresas, el Estado y las comunidades con el fin de crear “valor compartido” para todos, para lo cual las empresas deben invertir en:

- 1) El entorno físico y ambiental para generar beneficios económicos, sociales y ambientales,
- 2) Aumentar su productividad a través de incrementos en la eficiencia y la reducción en el uso de recursos naturales,
- 3) En el desarrollo de sus proveedores y en planes de capacitación especialmente para comunidades indígenas y
- 4) Hacer partícipes a los pueblos indígenas en los beneficios directos e indirectos de la actividad minera en el territorio cuyos recursos comparten, mediante acuerdos constructivos (Bande, y otros, 2014, págs. 12-13).

Tal como señalamos anteriormente, el informe fue elaborado con la participación de Sara Larraín, directora de Chile Sustentable y Nancy Yañez, presidenta del Observatorio Ciudadano, que al término del trabajo decidieron no firmar ya que “la suscripción de un documento de consenso a la postre no aporta al debate político y mucho menos a la superación de fondo de los conflictos, ya que termina invisibilizando aquellas posturas que resultan más problemáticas” (Bande, y otros, 2014, pág. 14). En su lugar presentaron una memoria alternativo denominada “Chile ¿Un país minero? Tres prioridades para la transformación”, en la que junto a Humire, describen una posibilidad de modelo alternativo de desarrollo para el país. La memoria alternativa argumenta que el actual modelo de desarrollo fue impulsado durante el régimen militar del General Augusto Pinochet, que introdu-

jo incentivos económicos y financieros para atraer la inversión extranjera en la minería. Los autores de la memoria alternativa plantean cambiar este modelo basado en la extracción de recursos naturales y abrirlo al debate público.

“(El modelo) no es capaz de sostener el desarrollo del país y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de la población por una sencilla razón: no es sustentable. Insistir en su aplicación constituye una irresponsabilidad, pues niega el acceso de las futuras generaciones a una vida digna y las condena al subdesarrollo, degrada progresivamente el medio ambiente, afectando especialmente a las comunidades locales e indígenas, que además se ven marginadas de la bonanza actual” (Larraín & Yañez, 2014, pág. 1).

En términos generales, según los autores de la memoria alternativa, el actual modelo de desarrollo minero presenta los siguientes problemas:

- 1) Se basa en la extracción de recursos minerales no renovables por lo que es insustentable,
- 2) La expansión del modelo extractivo está encontrando sus propios límites por el agotamiento de insumos esenciales como el agua dulce,
- 3) El progresivo deterioro ambiental, causado por la minería, se ve acompañada por una regulación inadecuada y afecta a las comunidades locales e indígenas,
- 4) La monopolización de la producción de los territorios y consiguiente exclusión de los productores locales, obstaculiza el desarrollo de actividades económicas alternativas y sustentables, lo que afecta la libre determinación de comunidades indígenas,
- 5) La excesiva dependencia de la industria respecto del precio internacional de los minerales causa precarización de empleos, debilitamiento de las inversiones a largo plazo e inestabilidad de los ingresos fiscales,
- 6) La constante presión que la actividad minera ejerce sobre la matriz energética del país, genera efectos ambientales y sociales negativos (Larraín & Yañez, 2014, pág. 2).

La alternativa al modelo extractivo actual que proponen los autores de este informe, es crear una economía basada en la producción de bienes y servicios de alto contenido en conocimiento, con un alto nivel de exportación de tecnologías y servicios de conocimiento intensivo. Específicamente, el informe alternativo recomienda un rediseño del Sistema de

Evaluación de Impacto Ambiental y considera que la consulta previa indígena tal como la realiza esta regulación, es inadecuada.

“Se requiere que se disponga de un fondo que permita a los actores de la sociedad civil, particularmente a las comunidades locales e indígenas, participar en condiciones de igualdad en los procesos de evaluación ambiental y generar Estudios de Impacto Ambiental independientes”. También propone “facultar al SEA con atribuciones legales y técnicas para evaluar los impactos agregados de los proyectos nuevos y los existentes que se someten a evaluación en un territorio” (Larraín & Yañez, 2014, págs. 5-6).

Por otra parte, los autores de la memoria alternativa plantean que la minería en Chile se ha desarrollado sin el debido respeto por los derechos humanos, principalmente al causar condiciones adversas para la vida de las comunidades que habitan cercanas a proyectos mineros. Esto, señalan los autores, ha sido particularmente complicado para las comunidades indígenas.

“Un plan de desarrollo debe generarse con la participación de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, conforme al estándar internacional de derechos humanos, y particularmente debe respetar e implementar el reconocimiento de territorios indígenas, los recursos naturales de propiedad estatal y la consulta previa libre e informada según los criterios del Convenio 169” (Larraín & Yañez, 2014, págs. 5-6).

En cuanto a la consulta previa, los autores de la memoria alternativa argumentan que su aplicación no debiera significar un problema para el desarrollo de la minería sino todo lo contrario. La consulta indígena aplicada adecuadamente y la participación directa de los pueblos indígenas de la explotación de recursos mineros en sus territorios, debiera “otorgar seguridad jurídica y estabilidad social a la inversión” (Larraín & Yañez, 2014, págs. 9-11), señalan sus autores.

5.1.5 El International Finance Corporation

La Corporación Financiera Internacional (IFC) es un organismo miembro del Banco Mundial que se dedica a apoyar al sector privado que realiza negocios en los países en vías de desarrollo. El IFC fue creado en 1956 y Chile es miembro desde el 15 de abril de 1957. Hoy tiene 184 países asociados y brinda ayuda a empresas e instituciones financieras con el objetivo de mejorar la interacción de los países con las empresas privadas con el fin de crear más empleos, generar ingresos fiscales, mejorar el desempeño ambiental y aumentar la contribución de dichas empresas a las comunidades locales, entre ellas los pueblos originarios. En el año 1998, el IFC publicó un manual de prácticas con consejos para las empresas que realizan negocios en países en vías de desarrollo denominado *“Doing Business through Effective Consultation and Disclosure”* y más tarde en el 2007 profundizó en este tema publicando el manual *“Relaciones con la comunidad y otros actores sociales”*. En su introducción señala que:

“Las empresas que han comprendido la importancia de establecer y mantener relaciones con las comunidades afectadas y otros actores sociales a lo largo de la vida de sus proyectos, y no solamente durante la fase inicial de los estudios de factibilidad y evaluación, están cosechando los frutos, reflejados en una mejor gestión del riesgo y resultados más positivos en el terreno” (IFC, 2007, pág. 1).

La IFC explica en su informe que debido a los cambios sociales en el mundo, ya no basta con llevar a cabo actividades de acercamiento con las comunidades para simplemente dar cumplimiento a las exigencias legales de un país, sino que es necesario instalar relaciones permanentes durante la duración del proyecto que además sean inclusivas. Sin este tipo de relaciones, aumentan considerablemente “los riesgos para las actividades comerciales y para la reputación que se derivan de una relación precaria con los actores sociales, y se hace cada vez más hincapié en la responsabilidad social de las empresas y en la transparencia y la difusión de información” (IFC, 2007, pág. 2).

Concretamente para mejorar relaciones con la comunidad y otros actores sociales, la IFC recomienda; comenzar a relacionarse con los actores sociales en la etapa más temprana posible del proyecto ojalá durante las exploraciones y prospecciones, no esperar hasta

que surja un problema para interactuar con los actores sociales, más bien adelantarse a posibles futuros conflictos y establecer buenas relaciones con las comunidades, pensar en el largo plazo cuando se invierte en las comunidades, adaptar las estrategias de relacionamiento comunitario a cada realidad social particular de los proyectos y gestionar las relaciones con los actores sociales como cualquier otra función de la empresa con el personal y presupuesto necesario (IFC, 2007, págs. 4-9).

El manual de la IFC da particular importancia a las consultas con los pueblos indígenas y señala que históricamente estos grupos han resultado más marginados y vulnerables que otros sectores de la población. En primer lugar la IFC recomienda realizar consultas previas con instituciones representativas de comunidades indígenas cuando sea posible. Se recomienda asimismo preguntarse por ejemplo ¿Cuáles son las comunidades indígenas afectadas?, ¿Quiénes son los representantes adecuados para realizar las consultas?, ¿Cuáles son las cuestiones fundamentales para tratar en las consultas?, ¿Qué medios y formatos serán más eficaces para las consultas?, ¿Qué medidas se deben tomar para asegurar que la consulta sea libre, previa e informada? En segundo lugar, la IFC recomienda seleccionar a los representantes adecuados de las comunidades indígenas para participar en las consultas, preguntándose por ejemplo ¿Quiénes son las autoridades elegidas de las jurisdicciones territoriales afectadas por un proyecto?, ¿Quiénes son los dirigentes tradicionales de los pueblos indígenas? En tercer lugar hay que determinar, en conjunto con las comunidades indígenas, cuáles son los temas prioritarios para ellos durante los procesos de consulta. Esto puede incluir por ejemplo la naturaleza del proyecto, la zona que abarca, el posible impacto negativo que tendría, los métodos y criterios que se usarán para identificar a los pueblos indígenas que serán afectados por el proyecto, las medidas propuestas para abordar los efectos adversos y los beneficios del proyecto para las comunidades indígenas. En cuarto lugar la IFC recomienda poner especial atención en comunicar la información de una forma culturalmente apropiada para que las comunidades verdaderamente comprendan los alcances del proyecto (IFC, 2007, págs. 48-52).

Finalmente la IFC recomienda a sus asociados, es decir empresas privadas que operan en países en vías de desarrollo, que deben estar al tanto de los riesgos legales, reputacionales y riesgos al negocio que podrían enfrentar al llevar a cabo proyectos que impacten a comunidades indígenas. Al mismo tiempo, esta relación con pueblos originarios

puede ser una oportunidad para crear alianzas y relaciones positivas con dichas comunidades. El resultado en gran parte dependerá de cómo se gestione esta relación desde el inicio. Por otra parte, y tal como hemos señalado en capítulos anteriores, el Convenio 169 establece obligaciones para los Estados y no para las empresas, pero a menudo dejar los procedimientos de la consulta solamente al Estado puede significar riesgos para las empresas. De este modo la IFC señala que:

“Al igual que en la mayor parte de los convenios internacionales, la redacción del Convenio 169 establece claramente que se aplica a los Estados. De hecho, no contiene artículos que establezcan obligaciones para otras entidades que no sean gobiernos” (IFC, 2007, pág. 3).

Más adelante en el mismo documento, el IFC señala sin embargo “si bien las empresas privadas no están sujetas a obligaciones directas en virtud del Convenio, éste tiene claras consecuencias sobre sus actividades y operaciones” (IFC, 2007, pág. 3). Respecto a las consecuencias de una consulta mal aplicada por parte del Estado, la IFC señala que “por ejemplo, si un Estado no cumple con sus obligaciones respecto de la realización de consultas previas a la ejecución de un proyecto, es posible que los permisos otorgados a la empresa privada sean objeto de impugnación jurídica” (IFC, 2007, pág. 3). Asimismo, la IFC reconoce que:

“Los proyectos del sector privado pueden crear oportunidades para que los pueblos indígenas participen y se beneficien de las actividades vinculadas con dichos proyectos, ayudándolos a concretar sus aspiraciones de desarrollo económico y social” (IFC, 2007, pág. 1).

5.2 Los cambios que estudia el gobierno a la consulta indígena

A principios de noviembre de 2014, los ministros de Medio Ambiente, Pablo Badenier y de Desarrollo Social, María Fernanda Villegas, informaron públicamente que el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet modificará el reglamento para la aplicación de la consulta indígena en Chile. En este sentido, los ministros anunciaron que se reformarán los Decretos Supremos 40 y 66 durante el primer trimestre de 2015 y a partir de entonces los proyectos de inversión pasarán por el Ministerio de Desarrollo Social que tendrá una unidad a cargo de la consulta indígena. Este ministerio deberá señalar si se debe o no aplicar la

consulta a un determinado proyecto y después de ese trámite podrán ingresar los Estudios de Impacto Ambiental al SEA. Las razones serían una respuesta a las críticas y el rechazo al reglamento de las comunidades indígenas. Estas sienten que tal como está hoy la consulta, no cumple, entre otras cosas, con la condición de que se haga la consulta a los pueblos originarios antes de la etapa de participación ciudadana. Con estas modificaciones las comunidades indígenas podrán solicitar cambios a los proyectos en etapas tempranas durante la ingeniería conceptual y no cuando se presente el EIA y esté en etapa de ingeniería de detalle. “Con esto, la posibilidad y capacidad de incidir sobre el diseño y el emplazamiento de los proyectos es mayor”, señaló el Ministro Badenier (Pozo A. , 2014, pág. 9). En segundo lugar, las comunidades indígenas han señalado que el actual reglamento limita el proceso de evaluación y consulta sólo a Estudios de Impacto Ambiental excluyendo las Declaraciones de Impacto Ambiental. Con la nueva fórmula anunciada por el gobierno, todos los proyectos deben pasar primero por el Ministerio de Desarrollo Social para establecer si deben o no realizar consulta indígena. Además las autoridades señalaron que esta nueva metodología permitiría contar con personal capacitado especialmente en materia de consulta indígena y con los recursos necesarios para llevarla a cabo de la mejor manera posible.

Por otra parte, y así lo señalaron los ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Social, se busca una fórmula que entregue mayor certeza a los inversionistas que en la mayoría de los casos han terminado con sus proyectos judicializados. Si bien un cambio sería bienvenido por muchos actores, es necesario que las modificaciones se hagan con extremo cuidado y con plazos acotados para que el proceso y luego el resultado no cause aún más problemas con las inversiones, que a la larga tienen un alto costo para el país. Recordemos que para llegar a la actual regulación se realizó un largo y difícil proceso que incluyó a muchas comunidades indígenas. Rehacer todo el reglamento significa también consultar a las comunidades sobre dicha herramienta y nada garantiza que se llegará esta vez a un acuerdo consensuado. Es muy probable que al rehacer el reglamento para llevar a cabo la consulta indígena, al menos en el corto y mediano plazo aumentará la incertidumbre para los proyectos de inversión minera y acabará con el concepto de “ventana única” para ingresar los proyectos a evaluación. El someterlos a evaluación primero en Desarrollo Social y después en Medio Ambiente, acabará con la mirada más integradora que tiene el actual sistema. Por otra parte, al realizar la consulta antes del EIA se estará

consultando un proyecto que aún tiene muchas incertezas y que no está finalizado, por lo tanto al llegar finalmente a un proyecto terminado habrá que hacer nuevamente una consulta produciendo aún más demora. Más que cambiar el actual mecanismo, sería de mayor utilidad para todos los actores, promover las relaciones tempranas con comunidades indígenas y la búsqueda de acuerdos conjuntamente en etapas iniciales.

La iniciativa de modificar el reglamento de la consulta estaría apoyada por los Ministerios de Economía, Energía, Minería, Hacienda y Agricultura y buscaría darle un impulso a la inversión privada. Al no ser el Servicio de Evaluación Ambiental el que lleve a cabo las consultas indígenas, debido a que éste se encuentra sobrecargado y por lo tanto realizando las consultas de manera poco eficiente, la alternativa de crear una nueva institución de consulta nacional podría traer mayores certezas al proceso. Esta idea habría nacido de las mismas comunidades indígenas y sería una fórmula más eficiente para identificarlas, a través de un mapeo de ellas, hacerlas participar y consensuar acuerdos con el sector privado. Sin embargo, dichos cambios requerirán de largas discusiones con las consecuentes demoras que esto significa. Y por otra parte, al actual sistema no se le ha dado suficiente tiempo para que se puedan identificar los pro y los contra que tiene. Recordemos que el nuevo reglamento del SEIA entró recién en vigencia el 6 de marzo de 2014.

CONCLUSIONES

La investigación permitió revisar los hitos internacionales que llevaron a la creación del Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y su posterior ratificación por parte de Chile. Tras su entrada en vigencia en septiembre de 2009, el país debió adoptar una serie de obligaciones, incluyendo medidas especiales para ser incorporadas en el ordenamiento jurídico nacional.

Inicialmente se intentó aplicar el Convenio 169 en Chile a través del Decreto Supremo N° 124 del año 2009, sin embargo éste tenía importantes problemas de forma y fondo que no permitían el cumplimiento del Convenio. Finalmente este instrumento fue reemplazado por el Decreto Supremo N° 66, que regula el procedimiento de consulta indígena y el Decreto Supremo N°40, que aplica el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Reglamento SEIA). Este reglamento obliga a los proyectos de inversión, que incluye los mineros, a realizar una consulta indígena distinta de la participación ciudadana que normalmente se hace en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Los antecedentes permiten comprender que la aplicación de la consulta indígena en Chile todavía tiene problemas para cumplir con los estándares que exige la OIT. Aunque este reglamento fue consultado con numerosas organizaciones indígenas, actualmente es blanco de fuertes críticas. Por una parte las comunidades indígenas no se sienten representadas por el sistema que regula la consulta y por otro lado las empresas mineras se han visto afectadas por procesos de judicialización. En la actualidad existen 12 proyectos de inversión paralizados por conflictos relacionados con la aplicación del Convenio 169, lo que equivale a US\$13.061 MM en inversiones detenidas.

El actual gobierno de la presidenta Michelle Bachelet anunció recientemente importantes cambios a la forma en que se hará la consulta indígena en Chile a partir del 2015, lo que incluye traspasar el proceso desde el Servicio de Evaluación Ambiental al Ministerio de Desarrollo Social y adelantar la consulta para que se lleve a cabo antes de la presentación de los Estudios de Impacto Ambiental. Si bien es necesario mejorar el actual reglamento para evitar más judicializaciones de proyectos, de lo expuesto en el texto este estudio, es posible señalar que tanto el nuevo Reglamento del SEIA (DS N°40) como el reglamento general de la consulta indígena (DS N°66) llevan muy poco tiempo de vigencia.

De hecho, en el país hasta la fecha, no hay ningún proyecto minero que haya finalizado exitosamente un proceso de consulta indígena. Por lo tanto, la lógica indica que no es el momento para hacer cambios en la legislación y que se requiere de un período mayor de tiempo para analizar y ver cómo está funcionando el procedimiento actual. Este período incluiría mayor capacitación de los tres protagonistas de la consulta indígena: Estado, indígenas y empresas. También, cuando los servicios públicos aplican el Reglamento, se perfecciona su ejecución. En el plano judicial, a medida que los magistrados van emitiendo sanciones, se va creando una jurisprudencia que permite un mayor conocimiento del Convenio y su aplicación.

De acuerdo a la investigación, parece evidente que cambios drásticos al actual sistema no harán más que dificultar el avance de proyectos agregando mayor incertidumbre para las inversiones y más demoras con sus consecuentes pérdidas de fuentes de trabajo y desarrollo para las regiones del norte de Chile.

Por otra parte un nuevo reglamento requeriría ser consultado por los pueblos indígenas y esto podría demorar mucho tiempo. Recordemos que la consulta del actual reglamento se prolongó por tres años y aun así finalizó sin el consentimiento de todas las agrupaciones indígenas en tres importantes materias:

- La definición de afectación directa.
- El tipo de medidas administrativas sujetas a consulta previa.
- Los proyectos de inversión que deben someterse a procesos de consulta previa.

Por lo tanto, la investigación concluye al respecto, que los esfuerzos de los protagonistas deben enfocarse en la resolución de estos tres puntos y no en el cambio de la totalidad del actual reglamento.

Los antecedentes analizados permiten concluir que una medida que el gobierno debe abordar prontamente para facilitar el proceso de consulta, es la elaboración de un catastro de las comunidades indígenas existentes en todas las regiones del país. En la investigación se mencionan varios casos de proyectos mineros sometidos a judicialización debido a que el Estado no realizó una consulta indígenas por considerar que existían comunidades que no eran calificadas como pueblos originarios. Un catastro oficial permitiría una

correcta identificación de las comunidades indígenas, descartando esta variable tan relevante en la gran cantidad de casos que se han judicializado.

Asimismo, a lo largo de la investigación pudimos analizar los diferentes mecanismos que existen para que las empresas mineras puedan desarrollar mejores relaciones con las comunidades indígenas. Concluimos en este estudio que la principal solución al problema entre la minería y las comunidades indígenas es lograr establecer una relación voluntaria y de confianza a través de un diálogo que debe ser necesariamente temprano y anticipado. Esto facilitaría la posterior intervención del tercer protagonista: el Estado, que en su momento deberá aplicar la ley y realizar la consulta indígena oficial en un contexto positivo que evitaría la judicialización de los proyectos.

Para asegurar el éxito de la consulta indígena realizada en plazos razonables, otra de las conclusiones de esta investigación apunta a que el Estado incremente el presupuesto asignado a su implementación, de tal forma que exista buena difusión e información del proceso, buenos medios de transporte para llevar a los funcionarios y profesionales oportunamente a las comunidades, financiamiento de estudios y otros gastos que agilicen la consulta.

Finalmente, la minería tiene un importante desafío para abordar de mejor manera la consulta indígena, cual es asumir plenamente los principios del *“International Council on Mining and Metals” (ICMM)* respecto a los pueblos originarios. Esto supone un proceso de aprendizaje de actitudes y buenas prácticas que incluyen los compromisos de esta organización respecto a los pueblos originarios que serán obligatorios para sus miembros, las empresas de la gran minería en Chile y en el mundo, a partir del 2015. Este proceso de aprendizaje se suma a un conjunto de buenas prácticas con algunas comunidades, indígenas y no indígenas, que ya han provocado resultados positivos para la gran minería y que se traducen en lo que se denomina la Licencia Social para Operar.

GLOSARIO

ACNUDH:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADENDA:	Documento que concentra las respuestas a las observaciones realizadas por los servicios públicos y las comunidades a proyectos de inversión en el marco de la evaluación de su Estudio de Impacto Ambiental.
ADI:	Área de Desarrollo Indígena
AI:	Asociación Indígena
CEA:	Comisión de Evaluación Ambiental
CEARC	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CI:	Comunidad Indígena
CPC:	Confederación de la Producción y el Comercio
CONADI:	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
Consejo Minero:	Agrupación gremial de las grandes empresas mineras
COREMA:	Comisión Regional del Medio Ambiente
CS:	Corte Suprema
Declaración Universal	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DIA:	Declaración de Impacto Ambiental
DL:	Decreto de Ley
DS:	Decreto Supremo
EIA:	Estudio de Impacto Ambiental
ICMM:	International Council on Mining and Metals
IFC:	Corporación Financiera Internacional (del Banco Mundial)
INDH:	Instituto Nacional de Derechos Humanos
INE:	Instituto Nacional de Estadísticas

ICSARA:	Informe Consolidado de Aclaraciones, rectificaciones y/ apelaciones
La Declaración	Declaración Universal sobre Derechos Humanos
LSO:	Licencia Social para Operar
MDS:	Ministerio de Desarrollo Social
MIDEPLAN:	Ministerio de Planificación
MMA:	Ministerio de Medio Ambiente
OIE:	Organización Internacional de Empleadores
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
PAC:	Participación Ciudadana
PNUD:	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
RCA:	Resolución de Calificación Ambiental
SEA:	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SONAMI:	Sociedad Nacional de Minería
Titular:	Empresa responsable de un proyecto de inversión
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

BIBLIOGRAFÍA

- Abogabir, M. (2014). *Estudio de caso Chile, Convenio N° 169 de la OIT y la consulta a los pueblos indígenas en proyectos de inversión*. (Consultado: 2 de noviembre, 2014), Santiago: <http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2014/10/141016EstudioCasoChileOITCapitulos-II-III-IV.pdf>.
- Abogabir, X. (13 de Agosto de 2014). Presidenta Fundación Casa de la Paz . (C. Corvalán, Entrevistador)
- Anaya, J. (Noviembre de 2012). (*Consulta: 23 de septiembre, 2014*). Obtenido de 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": http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/comentarios_relator_anaya_propuesta_reglamento_consulta_gobierno.pdf
- Aninat, I. (Abril 2014). Los desafíos pendientes del Convenio 169. *Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos*, 1-11.
- Australian-Government. (2006). *Community Engagement and Development*. Canberra: Commonwealth of Australia.
- Aylwin, J., Carmona, C., Meza-Lopehandía, M., Silva, H., & Yáñez, N. (2009). *Las implicancias de la ratificación del Convenio N°169 de la OIT en Chile*. Santiago: Observatorio Ciudadano.
- Aylwin, J., Meza-Lopehandía, M., & Yáñez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM Ediciones.
- Bande, J., Carmona, R., Espinoza, R., Fotaine, J., García, A., Humire, R., . . . Meller, P. (2014). *Minería y Desarrollo Sostenible de Chile. Hacia una Visión Compartida*. (Consulta: 15 de noviembre, 2014), Santiago: <http://www.fdd.cl/wp-content/uploads/2014/06/mineria-y-desarrollo-sostenible-en-chile-11.pdf>.
- Carcelen, J. (9 de Julio de 2014). Abogado socio de Carcelén, Desmadryl & Tapia. (C. Corvalán, Entrevistador)
- Carcelen, J., & Mir, V. (2014). Consulta Previa, Case Study Chile. *Americas Quarterly*, 63.
- Carvajal, C. (8 de octubre de 2014). Suprema frena proyecto El Morro por vicios en estudio de impacto ambiental. *El Mercurio*, pág. 14.
- CASEN. (2011). *Pueblos Indígenas CASEN 2011*. Obtenido de (Consulta: 12 de agosto, 2014):

- http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/Pueblos%20Indigenas%20CASEN%202011_v2_12sep13_5231e14549f87.pdf
- CEACR. (2013). *Observacion CEACR - Adopcion 2012 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales Chile*. Obtenido de (Consulta: 8 de octubre 2014): http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3058398:YES
- CEACR. (2014). *Observación CEACR*. Obtenido de Convenio sobre pueblos indígenas y tribales Chile: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3140788:YES
- Celedón, S. (12 de Octubre de 2014). De 29 proyectos sometidos a consulta indígena, sólo seis han iniciado obras e inversión paralizada suma más de US\$13 mil millones. *El Mercurio*, pág. B12.
- Cementos Progreso, S. (2014). A view from the private sector. *Americas Quarterly*, 93-96.
- Censo-INE. (21 de Marzo de 2005). *Estadísticas sociales de los Pueblos Indígenas en Chile*. Obtenido de (Consulta: 12 de julio, 2014): www.ine.cl/canales/chile_estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/estadisticas_indigenas_2002_11_09_09.pdf
- Chile, E. d. (2011). *Manual informativo sobre minería en Chile, una guía para las comunidades y la industria*. Santiago: Embajada de Canada.
- Ciudadano, O. (2009). *Recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas, James Anaya*. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.
- Clerc, J. (2013). Impacto regional del cobre. En p. Meller, *La viga maestra y el sueldo de Chile, mirando el futuro con los ojos del cobre* (pág. 113). Santiago: Uqbar Editores.
- Código de Minería*. (2010). 2010: Legal Publishing Chile.
- Consejo Minero*. (2013). Obtenido de (Consulta: julio 2014): www.consejominero.cl
- Considerando N°48, Rol N°309 (Tribunal Constitucional de Chile 2000).
- Corte-Suprema-de-Chile. (16 de Junio de 2011). (Consulta: 4 de septiembre, 2014). Obtenido de Políticas Públicas: <http://www.politicaspublicas.net/panel/jp/749-cs-caso-catanave.html>
- CSIRO. (2014). Global Mining Megatrends and Implications for Chile. En COCHILCO, *Minería en Chile: Impacto en regiones y desafíos para su desarrollo, Comisión Chilena del Cobre*. Santiago: COCHILCO.

- De la Piedra, C. (13 de Agosto de 2014). Gerente de Sustentabilidad, Minera El Abra. (C. Corvalán, Entrevistador)
- Donoso, S. R. (2014). *Empresas y comunidades indígenas: el nuevo escenario que plantea el Convenio 169 de la OIT* . Santiago: Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Donoso, S. R. (9 de Septiembre de 2014). Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas. (C. Corvalán, Entrevistador)
- Donoso, S., & Hernández, C. (2013). Participación ciudadana del sistema de evaluación del impacto ambiental como consulta indígena: alcances a la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Libertad Desarrollo, Serie informe sociedad y política*, 7.
- Elías, S., & Sánchez, G. (2014). Consulta Previa case study: Guatemala. *Americas Quarterly*, 71-73.
- Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro, Resolución N°221 (Comisión de Evaluación Región de Atacama 3 de Octubre de 2013).
- Fernández, A., & De la Piedra, C. (2011). Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias. *Estudios Públicos* 121, 16.
- Fraser-Institute. (s.f.). (Consulta: 9 de octubre, 2014). Obtenido de ¿Qué es la Licencia Social para Operar (LSO)?: <http://www.miningfacts.org/Comunidades/Que-es-la-licencia-social-para-operar-LSO/>
- Gobierno Regional de Tarapacá. (2014). Obtenido de (Consulta: 7 de octubre, 2014), Comisión Ambiental rechazó proyecto Paguanta: <http://www.goretarapaca.gov.cl/index.php/8-noticias/176-mitchel-cartes-asumio-13>
- Gobierno-de-Chile-CONADI. (6 de Agosto de 2013). *Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT*. Obtenido de (Consulta: 18 de septiembre, 2014): www.conadi.gob.cl/images/convenio14/Informe-final-mesa-consenso.pdf
- González, F. (22 de Octubre de 2014). Ex director de El Morro, por paralización del proyecto: "Lo lamento por el país". *La Tercera*, pág. 31.
- Havermann, P. (2013). Indigenous People's Human Rights. En M. Goodhart, *Human Rights Politics and Practice*. Oxford: Oxford University Press.

- Hervé, D., & Pérez, S. (2011). *Mecanismos de implementación del Convenio 169 de la OIT. Adecuación de la legislación interna del Estado de Chile a los estándares impuestos sobre la administración de recursos naturales*. Santiago: Programa de Derecho y Política Ambiental, Facultad de Derecho, UDP.
- Humire, R. (30 de octubre de 2014). Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños. (C. Corvalán, Entrevistador)
- Humire, R. (30 de octubre de 2014). Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños. (C. Corvalán, Entrevistador)
- ICMM. (s.f.). *10 principios para el desempeño con respecto al desarrollo sustentable*. Obtenido de (Consulta: 10 de agosto, 2014): <http://www.icmm.com/document/605>
- ICMM, I. C. (Mayo, 2013). *Los Pueblos Indígenas y la Minería, Declaración de Posición*. Londres: ICMM.
- IFC. (2007). *El Convenio 169 de la OIT y el sector privado. Preguntas y respuestas para los clientes de la IFC*. Washington: Corporación Financiera Internacional.
- IFC. (2007). *Norma de Desempeño 7 Pueblos Indígenas*. Washington: International Finance Corporation.
- IFC. (2007). *Relaciones con la comunidad y otros actores sociales*. Washington: Corporación Financiera Internacional.
- INDH. ((Consulta: 12 de octubre, 2014) de 2010). *Instituto Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de Informe anual 2010 Situación de derechos humanos en Chile: <http://www.indh.cl/primer-informe-anual-2010-de-derechos-humanos-en-chile>
- INDH. (2013). *Informe misión de observación mesa de consenso indígena*. Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- INDH. ((Consulta: 18 de septiembre, 2014) de 2013). *Instituto Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile: <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2013>
- INE. (7 de Mayo de 2008). (Consulta: 5 de julio, 2014). Obtenido de Instituto Nacional de Estadísticas:
www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/demografia/pdf/poblacion_enero09.pdf
- Instituto Nacional de Derechos Humanos*. (Octubre de 2012). Obtenido de (Consulta: 3 de octubre, 2014):
http://www.indh.cl/mapaconFLICTOS/assets/pdf/33_Proyecto_Morro.pdf

- Langlois, A. (2013). Normative and Theoretical Foundations of Human Rights. En M. Goodhart, *Human Rights Politics and Practice* (págs. 12-23). Oxford: Oxford University Press.
- Larraín, S., & Yañez, N. H. (2014). *Chile ¿Un país minero? Tres prioridades para la transformación*. (Consulta: 2 de octubre, 2014), Santiago: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/chile_pais_minero_tres_prioridades_para_su_transformacion_23_junio_2014.pdf.
- Lauren, P. G. (19 de November de 2008). *IIP Digital, Departamento de Estado de Estados Unidos*. Obtenido de (Consulta: 10 de septiembre, 2014): <http://www.iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2008/12/20081205134726pii5.677432e02.html#axzz369nVU9Pj>
- Lillo, M. (Junio de 2014). Si mineras y comunidades entran en conflicto es difícil que resurja una relación productiva. *Qué Pasa Mineía*, pág. 74.
- Lopez, C. R. (2013). *El Convenio 169 de la OIT y la Consulta Indígena, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Mash, M., & Guadalupe, J. G. (2014). A view from indigenous peoples. *Americas Quarterly*, 90-92.
- Meller, P. ((Consulta: 14 de septiembre, 2014) de 14 mayo de 2013). Rol del cobre en el futuro de Chile. *Diario Financiero*, págs. En <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/rol-del-cobre-en-el-futuro-de-chile/2013-05-13/181651.html>.
- Meller, patricio. (2013). *La viga maestra y el sueldo de Chile*. Santiago: Uqbar Editores.
- Meller, Patricio. (2013). *la viga maestra y el sueldo de Chile, mirando el futuro con los ojos del cobre*. Santiago: Uqbar Editores.
- Mereminskaya, E. (2011). El Convenio169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. *Estudios Públicos* 121, 220.
- MinisteriodeDesarrolloSocial. (15 de Noviembre de 2013). Decreto Supremo N°66, República de Chile. Santiago, Chile.
- Ministerio-del-Medio-Ambiente. (12 de Agosto de 2013). Decreto Supremo 40, Reglamento del Sistema de Evualción de Impacto Ambiental. *Legislación chilena*. Santiago, Chile.
- Montt, S., & Matta, M. (2011). Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Estudios Públicos*, 133-212.

- Morales, C. (Junio de 2014). Licencia social para operar: el paso de la aprobación a la adaptación. *Revista Nueva Minería y Energía* . Santiago, Chile.
- Naciones Unidas. (2008). Obtenido de www.un.org:
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Ocampo, D. M., & Agudelo, J. S. (2014). Consulta Previa Case Study: Colombia . *Americas Quarterly*, 76-81.
- OIT. (1989). *Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Ginebra: OIT.
- OIT. (2010). *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT*. Lima: OIT.
- OIT. (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- OIT. (s.f.). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Obtenido de (Consulta 15 de junio, 2014):
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- Orellana, G. (10 de noviembre de 2014). Eduardo Villacorta por el Morro 2.0 "no estamos en condiciones de poder definir una fecha". *El Pulso*, pág. 12.
- Peña, K. (15 de Septiembre de 2014). Proyectos eléctricos, los más afectados por lento proceso de consulta indígena. *La Segunda* , pág. 16.17.
- Poch. (2014). *Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo*. Santiago: Subsecretaría de Minería.
- Pozo, A. (14 de Julio de 2014). Crece tendencia de forzar consultas indígenas para evitar judicialización de proyectos. *Diario Financiero*, pág. 2.
- Pozo, A. (6 de noviembre de 2014). Gobierno crea inédita unidad para consulta indígena en Ministerio de Desarrollo Social. *Diario Financiero*, pág. 9.
- Pozo, A. (16 de Octubre de 2014). SEA dice que fallo sobre El Morro no exige nueva consulta indígena. *Diario Financiero*.
- PricewaterhouseCoopers. (2014). *Judicialización de proyectos y conflictos indígenas: ¿Cómo evitarlos?* Santiago: PricewaterhouseCoopers Consultores, Auditores y Compañía Limitada.

- Remiro-Brotons, A. (2010). *Derecho Internacional, curso general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rivas, R. (Junio de 2014). Igualdad de condiciones. *Qué Pasa Minería*, pág. 86.
- Rodriguez, A. (4 de Noviembre de 2012). *El ABC de las relaciones comunitarias*. Obtenido de (Consulta: 12 de octubre, 2014): <http://quepasamineria.cl/index.php/vida-e-innovacion/item/1251-el-abc-de-las-relaciones-comunitarias?tmpl=component&print=1>
- Sáez, S. (Viernes de Julio de 2014). BHP: Conflicto por CONvenio 169 forzaría el cierre anticipado de su primera mina en Chile. *Pulso*, pág. 8.
- Sáez, S. (13 de Noviembre de 2014). Gobierno apoya proyecto de BHP: SEA firma carta de navegación de consulta indígena en Cerro Colorado. *Pulso*, pág. 15.
- Salgado, J., & Gomiz, M. (2010). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Idígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*. Buenos Aires: (Consulta 22 de septiembre, 2014). Disponible en http://media.argentina.indymedia.org/uploads/2010/09/texto_final_definitivo_-_hoja_x_hoja.pdf.
- Sanborn, C., & Paredes, A. (2014). Consulta Previa Case Studies: Peru . *Americas Quarterly*, 55-59.
- Sanhueza, C., Saver, D., Cavallaro, J., & Contesse, J. R. (2013). *No nos toman en cuenta*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Schaeffer, J. (11 de Agosto de 2014). Vice Presidente de Asuntos Públicos Sierra Gorda. (C. Corvalán, Entrevistador)
- Schydlofsky, D., & Thompson, R. (2014). Reducing the financial risk of social conflict. *Americas Quarterly*.
- SONAMI. (2013). *Fundamentos para el desarrollo minero de Chile*. Santiago.
- SONAMI. (2013). Minería: pilar del desarrollo, competitividad y desafíos. En C. C. Cobre, *Minería en Chile: impacto en regiones y desafíos para su desarrollo* (págs. 90-94). Santiago.
- The-Mining-Association-of-Canada. (19 de November de 2008). *Towards Sustainable Mining*. Obtenido de (Consulta: 14 de octubre, 2014): <http://mining.ca/sites/default/files/documents/TSMABoriginalandCommunityOutreachFramework.pdf>

Trabajo, O. I. (2010). *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los comentarios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010*. Lima: OIT.

UNNews. (13 de September de 2007). *United Nations adopts declaration on rights of indigenous peoples*. Obtenido de (Consulta: 11 de agosto, 2014):
<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=23794&Cr=indigenous&Cr1=>

Vargas, H. (Octubre de 2014). Consulta indígena, en busca de un nuevo orden. *Qué Pasa Minería*, págs. 20-21.

Villarino, J. (8 de Agosto de 2014). Presidente Ejecutivo del Consejo Minero. (C. Corvalán, Entrevistador)

Yáñez, N., & Molina, R. (2008). *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*. Santiago: LOM Ediciones.

ANEXOS

1. Convenio N°169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT
2. Transcripciones de entrevistas

1. Convenio N°169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

CONVENIO OIT N°. 169 SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, 1989

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando las términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Parte I. Política General

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen 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, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La 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.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los 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.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

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 ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Parte II. Tierras

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 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 otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En 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 puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Parte III. Contratación y Condiciones de Empleo

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;

b) remuneración igual por trabajo de igual valor;

c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que

confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Parte IV. Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Parte V. Seguridad Social y Salud

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Parte VI. Educación y Medios de Comunicación

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las

normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos

pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

Parte VII. Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

Parte VIII. Administración

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otras índoles a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Parte IX. Disposiciones Generales

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 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.

Parte X. Disposiciones Finales

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado al Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga

uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

2. Transcripciones de entrevistas

Entrevista Cristhián de la Piedra, Gerente de Sustentabilidad de

Minera El Abra

13 de agosto de 2014

¿Cuáles son las dificultades en la aplicación de la consulta del 169 para la minería?

Una que es bastante básica, es al ser responsabilidad del Estado, el cumplimiento que hace el Estado tiene implicancias para el permiso minero. Es decir las consecuencias las va a pagar las empresas mineras, no el Estado. Los mejores ejemplos son cerro Colorado, Paguanta, El Morro, todos los proyectos que iban super bien pero que al final los matan porque el estado no ha hecho correctamente la pega. A veces no se han identificado correctamente las comunidades o durante la evaluación ambiental el mismo servicio determina que no hay impacto y las comunidades interponen un recurso de protección y la Corte Suprema dice si, si hay impacto. Entonces la evaluación técnica que hace el servicio difiere de la evaluación jurídica que hace la corte suprema y las consecuencias las tenemos nosotros. Nos invalidan los permisos. Ahí hay un tema de calidad de la evaluación ambiental. El servicio tiene la responsabilidad de hacer la evaluación ambiental correctamente y ahí se ha caído.

También hay una responsabilidad compartida. Los titulares, nosotros como empresas vamos a tener que verificar que las cosas se hagan correctamente. Yo no voy a poder confiar en la labor que hace el Estado. Es lo que le está pasando a RT sulfuros. RT no fue a los talleres de consulta, no participó. Y las comunidades estaban reclamando de que el titular debiera estar ahí para responder las consultas y no el SEA. El titular tiene que dar la cara. Codelco dijo, no esto es un asunto del Estado, no debo estar acá, pero la comunidad le pide poner la cara. Entonces hay responsabilidad nuestra en el sentido que hay que agotar todas las instancias y estar nosotros liderando el tema y estar nosotros preocupados de que las cosas se hagan correctamente.

El rol nuestro es ser super proactivos. Hay una debilidad de las empresas en el sentido que no puedes dejar que el estado haga la pega. Tú tienes que estar detrás verificando que se cumplan los estándares etc. Hay un aprendizaje por parte de las industrias mine-

ras, de que al final las consecuencias las tenemos nosotros y por tanto yo tengo que liderar el tema, ir a las reuniones, juntarme con las comunidades, independientemente de que la consulta la haga el SEA.

Otro problema para las mineras es la falta de evaluación técnica correcta por parte de los servicios, en el sentido de identificar realmente los impactos, que no nos equivoquemos, si no hay afectación es porque realmente no la hay. La calidad de la evaluación.

Un tercer aspecto complejo son las comunidades. Hay que ser super realista. Las comunidades juegan chueco. Hubo un fallo de SQM que dijo que las consulta indígena no solo eran derechos. Si a las comunidades se les invitó no pueden después desconocer. Hay un deber de participar de buena fe. No procede invalidar el proyecto.

Luego el tema de la representatividad, con quien me relaciono. El C 169 dice que los legítimos representantes los define la propia comunidad. Entonces tú al final tienes que consultar a todos. Esto ocurre ahora en Pascua Lama donde un grupo de indígenas no reconoce el acuerdo llegado con otro grupo. No se definió bien la representatividad.

Desde el punto de vista de las comunidades indígenas un problema es las expectativas. No me consultes y después haces lo que quieres. Es casi un problema estructural en que ellos dicen para qué voy a participar si después no tengo ninguna influencia. La comunidad cree que si le estamos haciendo consulta es para que ellos realmente puedan cambiar cosas. En muchos casos esto no ocurre eso. La consulta debe ser en forma previa para evitar ese problema pero a veces el tranque de relaves lo vas a colocar ahí porque es el único lugar donde se puede hacer. La consulta no tiene derecho a veto, entonces hay un tema de expectativas.

Problemas de consulta para el gobierno:

El gobierno tuvo una indefinición muy grande ya que al ratificar el 169 no se entendieron bien cuáles serían sus consecuencias. Se aprobó el convenio durante el gobierno de Bachelet sin entender bien cuáles eran las implicancias que tenía. El DS 66 si se consultó.

¿Habría que modificar el actual marco legal para aplicar la Consulta?

Hay un ámbito que no está regulado por el SEAI y cabe preguntarse si se debe o no hacer consulta en casos de minería, por ejemplo los derechos de agua, la concesión minera? Cuando tramito administrativamente una concesión geotérmica, una concesión eléctrica. Debe haber una consulta pero ante otro servicio y ahí se debe aplicar el DS 66, este decreto es para todo esto que no entra en el SEIA. El limite te lo da si afecta o no directamente a una comunidad indígena.

Entrevista Jerónimo Carcelén, Abogado en Recursos Naturales,
“Carcelén, Desmadryl & Tapia”,
9 de julio de 2014

Desde que se ratifica el convenio tienen un año de entrada en vigencia y eso implica que en ese año había que adecuar o emitir ciertas regulaciones y ahí llegamos al justo con el 124. El 124 nace en un contexto de bastante crítica porque no es consultado y ahí viene toda la discusión de que no se consulta la consulta de la consulta o no se hace la consulta de la consulta.

El 66 al menos el Estado lideró o estructuró un proceso y le dio alguna metodología por las críticas que pueda tener. Si uno lo mira cuantitativamente uno dice claro de 22 puntos hay 17 que están todos de acuerdo pero los 4 que no están de acuerdo son temas bien críticos. Yo creo que ahí todavía queda un trabajo por hacer.

Ahora Anaya, quien era el relator de Naciones Unidas, estuvo hace poco charla Diego Portales dijo que nos habíamos enredado. Decía que la regulación de la consulta podía ser de 3 páginas.

Esto conecta con la manera en que se hacen las relaciones con las comunidades. Finalmente la lógica es si tú tienes buenas metodologías y buenos procesos de relaciones con las comunidades el tema de la consulta pasa a ser un poco secundario. Porque tú no necesitas forzar procesos de consulta si es que tienes relaciones permanentes y de largo plazo con las comunidades. Yo creo que eso es bien crítico, de hecho países mineros como Australia y Canadá, que tienen regulada la consulta aunque no han ratificado el 169, las conclusiones que el 169 es una herramienta importante que te ayuda pero no es la única condición para que esto funcione.

¿Qué pasa con Chile?

Yo creo que estamos metidos hace rato en un aprendizaje. Segundo creo que estamos en un tránsito cultural que tiene que ver con cómo se ha relevado este tema y como los pueblos originarios han empezado a tener una preponderancia en la discusión pública, como la agenda se desmapuchiza, como deja de ser un tema de pobreza y pasa a ser un tema de derecho humano. Hoy día incluso la institucionalidad está en el Ministerio de Desarrollo

llo Social entonces yo creo que como sociedad y país estamos en un aprendizaje y eso requiere aprendizaje en ambos lados de la industria, de la sociedad y los propios pueblos originarios. La consulta es una obligación del Estado pero como el estado tiene debilidad institucional en materia indígena y en particular en materia de la consulta, en la práctica la relación de cómo se establecen relaciones de confianza entre los proyectos y las comunidades y si a eso le sumamos un estado débil, claro el estado tiene la obligación de hacer la consulta y la facultad de llevarla adelante pero puede convertirse en un actor que más incómoda que facilita.

Yo creo que ahí está esta lógica de que si uno tiene buenas relaciones comunitarias, la consulta debería terminar siendo más bien el cumplimiento de una formalidad.

¿Qué pasa con los recursos naturales?

Desde el punto legal siempre me ha parecido muy complejo como se compatibiliza la cosmovisión de los pueblos originarios, como conceptualizan la propiedad y como eso conversa con la definición de propiedad del código civil. En esa visión del código civil tu propiedad es un lugar definido con ciertos deslindes y que está inscrito en el registro del conservador de bienes raíces entonces como eso se compatibiliza con una cosmovisión de donde lo tuyo es hasta donde tú ves.

En países como Canadá hay un reconocimiento del Estado hacia territorios indígenas (ver artículo de fallo en Canadá) hay que ver como esto se termina de aplicar pero reconoce territorios extensos para una comunidad indígena.

Yo creo que en general los pueblos del norte donde están los proyectos de la minería, la afectación tiene más que ver con sentidos de pertenencia y símbolos culturales, lugares sagrados etc. entonces ahí quizás la conversación es más fácil que en el sur. Ahí los conflictos pueden tener más que ver con el agua por ejemplo en el sur hay territorios reclamados. Probablemente no se va a generar el tema del traslado de pueblos.

El caso del Morro es bien simbólico respecto a la responsabilidad que tienen que tener las comunidades. La responsabilidad de consulta es del estado, el interés es de los proyectos pero en esta lógica del dialogo tienen que participar las comunidades y ellos se restaron en las instancias del procedimiento.

Hoy ayuda tener un procedimiento porque tú vas certificando que estas llevando a cabo un procedimiento, existen plazos, sistemas de identificación. Mi impresión es que en muchos de estos casos va a terminar la corte suprema definiendo de alguna manera cuales son los parámetros para considerar si la consulta es de buena fe. Si la no participación en una consulta afecta la buena fe, implica que también las comunidades tiene un deber ahí.

Hay resoluciones de la OIT que dicen que el proceso de consulta del 169 no es vinculante, más bien no existe veto. Pero aquí volvemos al tema de fondo: la viabilidad de un proyecto en que no existen relaciones entre la empresa y la comunidad e idealmente con participación de del Estado, te disminuye la viabilidad de un proyecto. Pero no tiene que ver con el proceso de consulta, tienen que ver con cómo se dan las relaciones entre los proyectos y las comunidades. Es decir si no se dan relaciones de confianza, de colaboración a largo plazo, finalmente la consulta pasa a ser.....

La clave es la confianza. Ahora estamos en etapa de aprendizaje pero en algún minuto eso se tiene que regularizarse y pasar a ser una formalidad dentro de las relaciones de largo plazo que se den en los proyectos.

¿La minería está haciendo todo lo que debe hacer?

Es difícil calificarlo porque hay empresas que tienen mejores estándares que otras, hay empresas que por lo mismo si han generado en el tiempo mejores relaciones, se les facilita en el tiempo este tema, el caso del Morro es ejemplo de eso. Son procesos complejos y largos.

¿Hay que hacerle modificaciones al reglamento?

Yo creo que hay que ver cómo funciona. El reglamento tiene meses pero hay que dejar que la institucionalidad funcione un rato. Creo que el nuevo reglamento ciertamente es perfectible, seria óptimo que hubiera habido un consenso mayor por las comunidades pero también hay que reconocer que es fruto de un trabajo bastante largo y un esfuerzo serio y de buena fe de parte del Estado de regular el tema. Si uno ve las críticas hacia ese reglamento muchas veces da la sensación de que algunos pueblos preferirían que esto no esté tan regulado y por otro lado lo que las empresas más quieren es que este super ordenado.

La industria minera tiene un rol super relevante. En Canadá la consulta y las primeras propuestas de consulta parten de una iniciativa de la propia industria. La industria es la que empieza a generar esos procesos de diálogo en Canadá también existió ausencia del estado.

En Colombia la oficina de consulta está en el Ministerio del Interior, nosotros lo tenemos en el ministerio de desarrollo social. Se habla de la creación de un ministerio indígena que probablemente va ayudar a la institucionalidad y pienso que esto debiera estar radicado en la autoridad a cargo de la institucionalidad indígena porque hoy el SEIA es una mirada ambiental. Ahora una de las razones por las que está ahí es porque el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental funciona y tiene una metodología, plazos y recursos entonces se puede hacer cargo y además e quien está evaluando proyectos y ciertamente hay una relación entre lo social y ambiental. Lo que pasa es que el SEIA es ambiental. Pero lo natural es que estuviera en otra institucionalidad que más bien alimentara incluso al SEIA como lo hace la DGA el SAG. El concepto de ventanilla única es ordenado. En algún minuto probablemente la consulta debiera estar radicada en un futuro ministerio indígena lo que no necesariamente lo va a facilitar porque tendrá una posición más proteccionista. Estos son procesos más culturales que legales. El reglamento te ayuda pero la consulta en un mundo ideal se debería convertir en un mero trámite porque habría una base que es esta relación permanente de largo plazo y buena fe que te amortiguaría eso.

Otra pregunta que hacerse ¿Cómo se respetan las culturas de los pueblos originarios? Tenemos que ponernos el caso de que no quieran las comunidades ser parte de los proyecto.

Entrevista Joaquín Villarino, Presidente Ejecutivo del Consejo Minero,

8 de julio de 2014

¿Cuáles son las dificultades de la aplicación de la Consulta del 169 en Chile?

La primera es que cuando se aprueba el Convenio del 169 en el Congreso, no hubo ninguna consideración a toda la institucionalidad que tiene que existir en el país para poder aplicar el C 169 y en concreto la Consulta prevista en ese convenio.

¿Cuál es la institucionalidad básica? Primero establecer quienes son las personas a consultar, es decir en muchos de los países en que se aprueba este convenio, hay una identificación de quienes son aquellas personas a quienes se les considera indígenas.

La CONADI no pareció ser suficiente. De hecho en el reglamento que se dictó después que los tribunales terminaron por no aplicar (124), se hacía referencia a la CONADI pero no era taxativo por lo tanto te dejó abierto un espacio en el que tú no sabes quienes son tu contraparte.

Lo segundo es que al aprobar, tampoco se dio ninguna directriz, sobre, porque en este país no existe, si iba o no tener carácter vinculante la decisión, es decir, ¿cuál era el alcance de la decisión? Esto puede tener una discusión jurídica: y es si debe ser regulado por una ley o por un reglamento. Algunos piensan que podría ser solamente dictado por un reglamento porque se aplicaba por el Co 169. Sin embargo si es vinculante, tiene la capacidad de modificar aspectos que son legales. Es decir, cuando existe una aprobación ambiental, tiene un carácter vinculante para el Estado.

El Convenio es vinculante pero lo que no es vinculante es la decisión de la Consulta. Es decir, ¿Dónde se resuelve eso al final? Tampoco estaba resuelto. Tercero hay un aspecto de resoluciones de conflictos indígena que queda remitido obviamente a los tribunales ordinarios de justicia y al quedar remitido a los tribunales de justicia sin una reglamentación adecuada, no se dio un espacio de tiempo y por lo tanto Los tribunales lo que hicieron fue interpretar el convenio sin tener un reglamento a la vista. Y luego el reglamento que se aprobó no fue consultado adecuadamente y por lo tanto no se verificó y los pueblos indígenas lo que han dicho es oiga esto no se me aplica pq el convenio prevé que al dictar esta norma que me afecta tenía que consultarse como tenía que llevarse a cabo. Lo

que pasa es que aquí se comenzó a construir la casa por el techo en vez de por los cimientos y eso ha generado en la práctica un sinnúmero de conflictos.

Lo otro que es importante y es políticamente incorrecto, yo lo acepto, es que si uno analiza que países han firmado el convenio, ningún país con desarrollo de industria extractiva relevante, que sea desarrollado, ha firmado este convenio. ¿Por qué no firman este convenio? Porque ellos se dieron una institucionalidad adecuada que está en muy en coherencia con su realidad. ¿Y esto que quiere decir? Quiere decir que las soluciones únicas uniformes para los problemas con los pueblos indígenas no existen. Porque los pueblos originarios son todos distintos entre sí. Hay un ejemplo evidente. ¿Tú crees que es sensato pensar que la solución con los problemas que existen en la Araucanía siguen el mismo camino que los que habitan en el norte? Si tú quieres desarrollar un proyecto hidroeléctrico o eólico en la Araucanía es muy distinto a si tú quieres desarrollar un proyecto solar en el norte, porque tienen tradiciones distintas, se organizan de manera distinta, porque unos tienen una vinculación con la tierra distinta. Si tú hablas con un líder indígena no tienen la misma aproximación ni siquiera con los ciclos de la vida.

¿Cómo te entiendes con ellos? Hay unos señores que tienen unos ritos determinados para entenderse, hay unos que tienen tiempos distintos para entenderse. Si tú le dices a un señor oye mira el período de consulta dura 60 días, hay unos indígenas que dice bien para nosotros 60 días es razonable y hay otros que te dicen yo necesito 300 días porque tengo que preguntarle a...o mi comunidad se junta cada seis meses.

Yo creo que Chile lo que hizo fue aprobar un convenio que en sí mismo es positivo y tiene como objetivo respetar los derechos de los pueblos originarios pero que no se definió bien quienes eran los pueblos originarios tampoco dijo si había que entrar a modificarse Ejemplo: Caso El Morro comunidad cultural huascaltino.

Lo primero que se debió decir fue “este convenio 169 no estará vigente hasta que se dicte el reglamento, no es aplicable hasta que se dicte el reglamento” y eso habría obligado a llegar a un acuerdo sensato pero como los tribunales comenzaron a aplicarlo antes de, se generó el problema que se generó.

¿La minería es la industria más afectada? Son los mega proyectos en general, en la minería y energía. Hay un Reglamento General de la Consulta que aprobó Contraloría en

enero 2014 y que aprobó el gobierno de Piñera, Abumohor lideró negociaciones de la consulta durante Gobierno de Piñera Abogado especializado y tiene track record de las sentencias que se han aplicado

¿De qué manera crees tú que se ha visto afectada la minería con la implementación de la Consulta?

Ha significado tiempo, retraso en los proyectos, lo cual tienen un costo financiero altísimo. También ha generado incertidumbre porque al no existir claridad de como se hace la consulta y cuáles son las consecuencias de no llegar a un acuerdo, al final no se sabe si vas a poder ejecutar el proyecto, porque esa falta de acuerdo o acuerdo insuficiente, lo que hemos visto es que se desencadena al final un recurso judicial. Aparecen los que no fueron consultados o los que consultados consideran que se hizo mal y por lo tanto los tribunales lo que hasta ahora han hecho es acoger esas demandas, no se ha respetado que uno haya consultado los que estaban en la CONADI, no se ha respetado tampoco que tu hicieras una comunicación en la lengua de los pueblos originarios, se consideró que era insuficiente. Como no existe claridad sobre todo eso lo que te genera es tiempo pérdida de recursos e incertidumbre. La consulta por ley no la deben hacer las empresas sino el Estado.

¿Qué crees tú que tienen que hacer la minería dado el contexto actual?

Hay que conversar al gobierno y explicarle al gobierno nuestros problemas para que políticamente el gobierno se decida a aplicar la normativa que existe y no reinventar la rueda. Cuando uno ve el programa del gobierno se encuentra con que hay una vocación revisionista de lo que se ha hecho hasta ahora. Hay que explicar que ha costado mucho llegar hasta aquí, que hasta donde se ha llegado ha sido con acuerdos con muchos pueblos originarios. Hay algunos que se quedaron fuera pero la mayoría se quedó adentro. Entonces por respetar la voluntad de ellos hay que aplicar lo que existe. Hay puntos pendientes pero en lo que no existe acuerdo busquemos como llegamos. En lo que sí existe acuerdo, si el gobierno y los tribunales le dan un espaldarazo a esa legislación, al final va a ver avance porque esa legislación protege los derechos de los pueblos originarios. Yo creo que hay un trabajo explicativo importante que intente evitar el revisionismo clásico. Hay que hacer un lobby a todo nivel.

También hay que hacer un esfuerzo sobrehumano por establecer las mejores prácticas que tiendan a satisfacer la ley y también el espíritu que existe detrás de este convenio. Y en este sentido creo que las compañías en general debieran tener muy buena formación de las personas que están a cargo de llevar adelante las consultas y debieran formar parte de la estructura de toma de decisiones en los proyectos. Es decir, no puede existir un directorio o un CEO que no entienda esto al revés y al derecho. Si esto no se considera como parte del core business, como un elemento esencial en la toma de decisiones de un proyecto, si no existe un alineamiento perfecto entre todas las áreas con este tema, fracasa. De esto depende muchas veces que se desarrolle un proyecto.

Hay que explicárselo a los jueces también, a la academia judicial. Hay un trabajo ahí formativo bien importante que lo pueden hacer los gremios y las empresas pero tiene que haber un movimiento coordinado.

Tiene que haber un lineamiento interno desde el presidente del directorio para abajo sobre todo en las empresas internacionales en el extranjero porque como este es un convenio que no suscribió Australia, que no suscribió Canadá, que no suscribió EEUU, lo más probable es que no tengan idea de que se trata y por lo tanto tú tienes que explicarles ojo con esto

Como es un camino que se está andando, la minería siempre ha tenido cierto liderazgo en este tipo de cosas, lo tuvo en seguridad, en eficiencia hídrica y en políticas de responsabilidad social y lo tiene que tener en esto por necesidad del negocio y también por una demanda política nacional. A la minería se le perdona poco y por lo tanto aquí no hay espacio para que se le perdone que no haga bien estas cosas. La minería tiene un espacio magnífico para sentar las bases de cómo se hace bien esto. Entonces hay que buscar las mejores prácticas en relaciones con pueblos originarios que se aplican por ejemplo en países donde no está el Convenio 169 pero si tienen relaciones consolidadas con pueblos originarios como Canadá, EEUU, Australia, establecerlo como estándares mínimos. Pasa por relaciones comunitarias muy regladas que se pueden aplicar a los pueblos originarios (estudio World Economic Forum).

El Consejo Minero tiene un comité de Entorno Social y este es un tema, ahí se están poniendo en común las prácticas de las empresas. Las relaciones con indígenas no son tan

distintas a las relaciones comunitarias y deben considerarse como incorporarlos desde el inicio de los proyectos no hay que pensar que el convenio se agota con la consulta. Se agota jurídicamente con la consulta pero en la práctica no se agota hasta que termina el proyecto. Hay compañías mineras que lo están haciendo. El Morro ha aprendido a palos, Barrick en la tercera región, Cerro Colorado. Hay un aprendizaje a palos. Las mineras lo han hecho mal o lo han hecho bien. Las comunidades se han portado mal o bien, es muy injusto evaluar esto respecto a los resultados. No han sido efectivos los procesos pero no hay mala voluntad. Se han dado cuenta en el gobierno que demasiada estrictez con este tema lleva a una paralización. Me parece que hay fallos en corte de Copiapó que ya comienzan a aplicar el reglamento.

Todo indica que estamos evolucionando hacia un espacio de sensatez, aplicando lo que tenemos. Hay pueblos indígenas que han sido manipulados por sujetos que ven un espacio de extorsionar la industria minera y lo han logrado. El tema de las comunidades en general está pendiente porque se ha generado mucha expectativa que dice relación con la generación de utilidades, participación de los beneficios.

Legalmente los pueblos consultados no tienen derecho a veto, según OIT. Pero en la interpretación que hace la ICMM tiene especificaciones que da a entender que si tiene derecho a veto. La ICMM es de una sensatez única porque ¿te cabe en la cabeza que un proyecto se pueda hacer contra la voluntad de las comunidades? No. Si usted no convence a la comunidad, no hay proyecto, hágase la idea, salgase a la calle y vea lo que pasa. Mira lo que pasó con Hydroaysen, tiene todos los permisos.

Entrevista Rolando Humire, Presidente del Consejo de Pueblos Atacameños

30 de octubre de 2014

¿Tu opinión respecto a la forma que se aplicado en Chile la consulta indígena?

Primero quisiera precisar que esta información es solamente para los fines académicos. Que la opinión mía no es necesariamente la opinión del pueblo atacameño sino mía personal y creo que hay antecedentes suficientes que han establecido que el Convenio 169 es autoejecutable, es decir no necesitaría una reglamentación. El Estado ha sostenido que para operativizar la implementación del Convenio es necesaria una reglamentación. Lo cual son posiciones bien discordantes y creo que acá con los antecedentes que tenemos, al menos la reglamentación que se hizo durante el periodo del presidente Piñera no es en absoluto aceptable, por un lado porque carece de la representatividad y por otro lado porque le baja el rango al convenio en lo que respecta a la afectación directa. El reglamento habla de afectación directa pero el convenio habla de susceptibilidad de afectación directa, medidas administrativas a consultar y proyectos de inversión. Entonces estamos hablando de dos cosas muy distintas. Yo no valido en ningún caso el DS 66 ni el 40 porque considero que la institucionalidad ambiental no tienen por un lado ni el poder político ni el experticia ni el presupuesto para poder hacerse cargo cabalmente de realizar la consulta indígena. Se necesita una institucionalidad que se dedique exclusivamente para esos fines. Habrá que crear algo pero de manera participativa, no impositiva. Se tiene que implementar como corresponde.

Lo que ha señalado las Naciones Unidas es que cuando los estados no cumplen con esta obligación, los privados no se pueden hacer los lesos, tienen que ver ellos la forma de que esto se cumpla. Aquí también hemos visto que las empresas privadas se han aprovechado un poco de la inercia del estado para simplemente bajarle el estándar al mismo convenio y eso no es aceptable. La minería extrae cantidades muy grandes de recursos naturales que están todos sobre territorios indígenas porque Chile no se constituye sobre un espacio vacío sino que se constituye sobre un territorio ancestral indígena. Algunos fueron exterminados en el sur por ejemplo por el mismo estado de Chile y otros están en vías de exterminación por los pasivos ambientales, por la contaminación que te dejan los tranques de relave por ejemplo. En el caso más cercano que tenemos con el Tranque de

Talabres, pero hemos visto que se ha ido avanzando un poco en la jurisprudencia que respecta a la obligación de cumplir con la consulta indígena.

¿Es posible que conviva la gran minería con la forma de vida de las comunidades indígenas?

De la forma en que se hace yo creo que no. Actualmente yo creo que no porque se afectan derechos fundamentales que están en la constitución como el derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación. Por ejemplo la minería a tajo abierto genera una cantidad de material particulado que va a dar a los suelos, a los pulmones y a la atmosfera y afecta directamente a todos los pueblos aunque estén a cientos de kilómetros de la faena. Yo creo que una alternativa que podría darse y que yo he observado de orientarla hacia allá es la minería subterránea porque por un lado te vas a evitar el material particulado que emite la minería a tajo abierto entonces yo creo en las condiciones en que está, no es compatible. Y si es que se buscara una vía de compatibilización, tiene que tener el consentimiento previo del pueblo afectado de otra manera no. Yo creo que va a ser difícil que en Chile no se sigan haciendo nuevos proyectos mineros pero sí que se considere no solo la sustentabilidad ambiental sino también social. Que respete los derechos a la propiedad a la tierra, el derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación el derecho a las prácticas, costumbres y tradiciones ancestrales de los pueblos que no afecte esa parte espiritual. Actualmente se menciona solo la variable ambiental pero poco queda de la variable social y espiritual. Lamentablemente la institucionalidad indígena para esta materia tiende a uniformizar como si todos los indígenas fuéramos parte de un único pueblo, cosa que no es así, existe una gran diversidad de pueblos, Chile tiene una realidad multicultural, incluso multinacional o plurinacional. A todas luces no ha dado resultado para una implementación adecuada el convenio. Yo creo que la forma es que cada pueblo, incluso cada comunidad, determine como quiere ser consultada y como se implementa esa disposición legal en su territorio, en conformidad con su cosmovisión y el uso de sus recursos naturales, si van o no van a llegar a un acuerdo. La consulta no tiene otro objetivo que la protección y preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas. No es para llegar a acuerdos con las empresas ni para sacar más o menos plata sin que es para proteger.

¿Se requiere una institucionalidad?

Si se requiere. El convenio es autoejecutable. Esta organización para sacar adelante o cumplir con la obligación del estado de consultar cada vez que se vaya a tomar una medida administrativa o legislativa susceptible a afectar a los pueblos indígenas, no debe recaer en el Servicio de Evaluación Ambiental, se debería generar una nueva institucionalidad y no necesariamente por la vía de una reglamentación uniformisante sino que quizás que cada comunidad, cada pueblo porque existe el derecho de libre determinación que cada grupo decida como lo quiere hacer.

¿Y eso no está en la actual legislación en que primero se pone de acuerdo en la metodología?

La metodología que ellos están planteando es imponer una temporalidad que no se puede lograr, que es por seis meses. De la experiencia que hemos observado internacionalmente donde se construyen los diálogos, la gran diferencia es el momento en que se inician los diálogos. Debe ser en la prospección y no cuando exista ya un EIA. En casos exitosos como Canadá con diálogos que terminan en acuerdos, se inicia el dialogo en la planificación del proyecto y se hace de manera conjunta. Así las comunidades tienen la legítima posibilidad de decidir cómo se hará un proyecto. Si se comenzó mal lo lógico es que se termine mal.

Entrevista Sebastián Donoso, abogado de Barros & Errázuriz, especialista en recursos naturales y asuntos indígenas

9 de septiembre de 2014

¿Cuáles son los problemas que está enfrentando la minería con la aplicación de la consulta del 169?

Lo primero que uno debería decir es que hoy día hay un marco regulatorio que es crecientemente más complejo en materia de comunidades en general y en particular en materia de pueblos indígenas. No es solo el C 169. Este es la principal regulación que por ser un tratado internacional genera responsabilidades internacionales para los estados del punto de vista de su cumplimiento. Pero si tu miras el conjunto de normativas que podrían ser aplicables a una empresa minera te das cuenta que el panorama es mucho más complejo. Tienes varias normas nacionales como la Ley Indígena, la ley de borde costero de pueblos originarios, la ley de bases de medio ambiente, el propio C 169 que es un tratado internacional pero que ya está incorporado en nuestro sistema jurídico mas todos los reglamentos a nivel nacional. Después tú tienes instrumentos internacional como el C 169, la declaración de naciones unidas sobre derechos indígenas del 2007, un instrumento que es Soft law pero es el instrumento más progresista desde el punto de vista de las garantías, más allá del 169 que es de 1989. No es vinculante pero es un instrumento que los pueblos indígenas están siempre mirando.. Ellos se paran con un pie en el 169 y el otro pie en la declaración de naciones unidas porque esta establece mejores estándares y el 169 es vinculante. Hay una tensión entre los dos documentos y los indígenas lo usan.

Pero además hay otras regulaciones. Piensa que una empresa minera como Freeport que es miembro del ICMM tiene regulaciones del ICMM respecto que debe hacer y qué no. Y eso incluye por ejemplo que ahora el ICMM entiendo que a partir de mayo de 2015 exigen un nuevo estándar que viene en su último position paper en materia de pueblos indígenas que le va a exigir a las empresas miembros trabajar para conseguir el consentimiento de las organizaciones indígenas bajo ciertos supuestos. En cambio el 169 dice que hay que consultar con miras para conseguir el consentimiento, osea el ICMM se acerca más a la declaración de naciones unidas. Entonces la ICMM es otra regulación que complica a las mineras. A eso agregarle IFC. En el performance standard numero 7 establece que debes

conseguir el consentimiento cuando produces algunos impactos, por ejemplo los impactos sobre patrimonio cultural crítico, otros cuando se trata de tierras y territorios indígenas. Entonces al final el tema del c 169 está inscrito en una película mucho más amplia de complejización creciente de las materias de regularización y en particular en regulaciones indígenas que hace que tu como empresa no puedes mirar solamente lo que dice la ley nacional o lo que dice el convenio sino un panorama mucho más amplio y mucho más regulaciones internacionales o prácticas corporativas que son más estrictas que las nacionales. Entonces tenemos un panorama complejo y el centro de ese panorama regulatorio es la participación indígena. Y asume distintas modalidades dependiendo en que instrumento te paras. Las empresas entonces tienen un escenario nuevo que es el tema de la consulta y eso te obliga a repensar la forma de hacer las cosas.

Eso se relaciona con otras dos cosas que son muy importantes en el Convenio y entran declaraciones: el tema del territorio y el tema de la participación en los beneficios. Por un lado tienes una obligación de consultar bajo ciertos supuestos para obtener el consentimiento. Más allá de la mirada legal que tú tengas, si una comunidad cree que estás incumpliendo tus obligaciones, no va entrar en discusiones jurídicas contigo. Lo primero que va a hacer es cortarte un camino o provocarte un problema social. Entonces las comunidades indígenas pueden ejercer medidas de presión para exigir que se apliquen sus derechos y eso está relacionado con el concepto de territorio. Ahí se aplica muy fuerte a las empresas mineras. Las empresas mineras tienen fuertes impactos o interacciones con lo que los pueblos indígenas consideran territorios. Ellos consideran territorio el conjunto de recursos naturales asociados a la forma en que ellos tradicionalmente han vivido. Los proyectos mineros son muy intensivos en varios de los recursos naturales más importantes tierra, agua, aire, subsuelo, minería, recursos forestales. El tema de la participación al ligarlo con el territorio y la participación de los beneficios que agrega la pregunta de cuanto de la explotación de los beneficios de la minería queda en las comunidades.

El tema de los derechos humanos como discurso ha ido evolucionando. Tradicionalmente se decía que los Estados son quienes deben velar por los derechos humanos. Pero si revisas los principios vectores de John Ruggie y Naciones Unidas, se sigue afirmando que el estado es el principal responsable de proteger y respetar los DDHH, pero cada vez más se está diciendo que las empresas tienen un rol central en el respeto y goce de los DDHH

porque las empresas actúan en frentes territoriales y te pueden afectar tus derechos. Entonces si tú sumas la participación como derecho, el territorio como derecho y el derecho de decidir el tipo de desarrollo y lo pones en un contexto de DDHH, el panorama es mucho más complejo.

Por ejemplo Nancy Yañez ve una incompatibilidad entre el modelo de desarrollo y las comunidades indígenas.

¿Crees que el Nuevo reglamento es suficiente para normar la consulta en Chile?

En este nuevo escenario regulatorio hay una tentación para las empresas de mirar esto bajo una lógica de matriz de riesgo, es decir el tema indígena es un problema, una contingencia, un riesgo o amenaza. Ahí hay un primer problema sobre todo desde el punto de vista de los profesionales de los temas sociales porque cuando tú concibes el tema indígena bajo la matriz de riesgo tu evaluación es desde la lógica de la contingencia y el riesgo y no desde la oportunidad. Por lo tanto está más enfocado a cómo evitar incendios inminentes más que a un trabajo de largo plazo. Te produce un seteo mental que tiene más que ver con cosas negativas que con como generas una oportunidad. En esa lógica hay un riesgo de ver la consulta indígena solo como un evento en el tiempo que tienes que cumplir y tú haces como Check de box. El mensaje debiera ser como relacionarse a largo plazo y no solo en torno a la consulta. Una consulta es una cosa muy puntual pero lo importante para una empresa es entender que hay obligaciones que el c169 impone al estado como es la consulta y frente a esa obligación la empresa primero debe decir ¿Cómo yo interactúo con el estado para que el estado cumpla bien con esa obligación? Si no la cumple me afecta a mí porque son mis permisos los que están en juego. Y lo segundo que deben pensar las empresas es ¿Qué más puedo hacer yo aparte de interactuar efectivamente con el estado para generar un marco de sustentabilidad para el proyecto y para que esas consultas que haga el estado caigan en terreno fértil? Entonces la pregunta para la empresa es ¿Cuántas cosas puedo hacer yo en etapas tempranas del proyecto como acercamientos tempranos, diálogos tempranos, es decir todo lo que se pueda hacer para construir una relaciona de confianza con las comunidades que es bueno per se en la lógica de mirar esto como una oportunidad y no solo un riesgo, y además se puede mejorar sustancialmente tu posición frente a procesos formales de consulta que el estado tenga que hacer.

Cuando uno piensa en las reglamentaciones que se han dado para enfrentar la consulta que son dos: DS 40 que regula la consulta dentro de SEIA y el DS 66 que regula la consulta de otras medidas administrativas no SEIA, como todo instrumento, estos son perfectibles. Son el resultado de un proceso que ya ocurrió de dialogo entre las comunidades y el estado. Son instrumentos que surgieron de procesos de dialogo y consulta, con sus defectos y reflejan un estado de relaciones entre el estado y los pueblos indígenas. Son instrumentos perfectibles, que van a requerir una mirada y revisión permanente, tratando que eso no signifique incertezas para los proyectos. Si me preguntas si son buenas o malas regulaciones, yo creo que el DS 40 me parece correcto la decisión de haber regulado la consulta parte en el SEIA y parte fuera del SEIA. Lo que se vio desde la entrada del 169 fue un proceso de mucha actividad judicial en contra de la RCAs. El mensaje que te estaban dando claro las organizaciones indígenas era que ellos creían que debía cumplirse la consulta. La pregunta entonces era ¿Cómo yo hago mejor la consulta en un proceso de evaluación ambiental? Entonces lo que se hizo y lo comparto fue poner la consulta dentro de SEIA. Si no lo hacías así tenías que haber generado una normativa distinta al proceso de evaluación ambiental. Creo que hacer la consulta dentro del SEIA tiene sus complejidades pero tiene su lógica.

Las empresas están aprendiendo el proceso de consulta un poco a porrazos y aprendiendo que no hay que esperar a que se llegue a una etapa de judicialización de los proyectos para resolver estos temas. Para evitar las demoras para entrar a producción y todos los gastos. Aquí hay un campo de creatividad, proceso de dialogo ad hoc con las comunidades indígenas asumir que tú tienes un impacto en un espacio territorial indígena y que tienes que hacerte cargo de esos impactos. Hay dos formas de hacerse cargo: proponer medidas y discutir las después o ver. ¿Qué cosas puedo hacer yo para socializar antes de la RCA? La consulta tiene que ser antes de la medida administrativa que es la RCA.

¿Autoejecutabilidad de los proyectos?

Parte de los artículos 6 y 7 son autoejecutables porque tiene la precisión suficiente para ser ejecutados directamente. Igual debe ser regulado con un reglamento nacional. Si no regulas el artículo está igual vigente y se aplica. Los no autoejecutables deben tener normas programáticas para cumplir con el convenio.

Entrevista Ximena Abogabir, Presidenta Fundación Casa de la Paz

13 de agosto de 2014

El mundo occidental respecto a los indígenas se pregunta ¿con quién dialogo? Y lo que ellos dicen es la asamblea es la que tiene por un acta de reunión designar quienes van a dialogar contigo. No es al cuete, no es con la persona con que me entiendo o tengo amistad sino que ellos tienen un proceso formal de validación de con quien tú te entiendes. La comunidad no quiere ser mediado ni por los alcaldes, ni los ambientalistas ni nadie. El abogado se queda con la gran tajada, el alcalde rema todo para su programa, los ambientalistas paran todo y ellos no quieren eso quieren que las cosas se hagan bien. Entonces ellos quieren el reconocimiento a su sistema ancestral de toma de decisiones que existe. Tienen su asamblea en las cuales hay que preguntarles cómo se les pregunta, si es a través de alguien o vas directamente y ellos te invitan en que tu planteas como quieres hacer tu proceso de dialogo y juntos lo diseñan y después en el acta queda firmado por todos quien los va a representar.

Las personas dialogan contigo, vuelven a la asamblea, dicen tenemos estos acuerdos y la asamblea ratifica.

¿Este proceso está incorporado en el EIA que es la forma en que las mineras hacen la consulta?

Claramente no y tampoco conversa con los tiempos con que se acerca la minería porque resulta que la fiesta del pueblo, cuando suben todos, la fiesta va a ser ahí en torno al santo no cuando tú lo necesitas. Entonces normalmente son los cronogramas que no conversan. Por lo tanto estas cosas si uno no las hace con mucha anticipación no resultan.

¿Dados los problemas que existen, que le recomendarías a la minería, como se pueden hacer las cosas?

Hay que hacerlas antes, desde la etapa de ideas del proyecto. Así como hacen due diligence financiero, due diligence legal due diligence ambiental, que hagan un due diligence social. Y ahí entiendan cuales son los intransables. Porque ellos pueden tener su vegita que para uno es un peladero y resulta que la vegita es el único campo donde pueden llevar a tomar agua a sus animales y por lo tanto tiene un valor intransable. Y tú le chantas

ahí un botadero y con eso te echaste la vega y alteraste todo el sistema hídrico aguas abajo y tú nunca tuviste idea de las repercusiones de no haber entendido desde un inicio que ahí no. Para eso necesitas tiempo, necesitas conversar. Si uno quiere tener éxito hay que comenzar antes, esa es la clave y ahí está el respeto.

¿Hay estructura o metodología para llevar a cabo este dialogo?

La metodología que propone el ICMM y la IFC son buenas guías. Luego hay que ponerse de acuerdo con las comunidades respecto a cómo se hará.

1. Conocerse y entender sus necesidades. Converse con los dirigentes, haga un mapa de actores
2. Levante las preocupaciones
3. Hacer mapa de actores
4. Prioriza los temas relevantes
5. Hacer un cruce entre temas relevantes y actores e identifica los issues relevantes y tienen relación con tu operación
6. Crear un grupo lo más chico posible de personas que me permite tener todos los issues representados. Hacer el grupo menor posible de personas pero que cubran todos los issues
7. Nos convocamos como grupo y les cuento lo que estoy pensando, en el proyecto, quien ms debe estar en este grupo? Completan la lista de personas que tienen que estar y la lista de issues.
8. Tengo que establecer la pregunta ¿qué podemos hacer juntos? Aquí estamos, y ¿cómo quisiéramos estar en este territorio dentro de 20 años? Por ejemplo necesitamos educación. Buscar alternativas en esa área. Aquí la comunidad tiene mucho que aportar.

¿Es suficiente el marco jurídico en Chile?

No. Es muerte anunciada. Si uno quiere llegar con el acuerdo tienes que partir mucho antes, es sentido común y sensatez. El Estado te dice lo mínimo pero hay que ir, conocerse, crear confianza mutua. Están los marcos teóricos básicos. El primer punto es conocer a las comunidades indígenas.

Juan Pablo Schaeffer, VP Asuntos Públicos Sierra Gorda

11 de agosto de 2014

¿Cuáles son los problemas de aplicación del convenio desde 3 puntos de vista?

a) Desde el punto de vista de las mineras el problema es que la consulta del 169 es obligación del Estado, entonces la minera dice el Estado que haga la consulta, yo me echo para atrás. Pero al final la empresa no puede ser indiferente a la consulta. Por lo tanto yo creo que tanto previo como posterior a la consulta tiene que existir el relacionamiento comunitario entre la empresa y la comunidad indígena.

b) Respecto del país, hay una falta de conocimiento respecto de cómo hacer la consulta, que rol le corresponde a cada actor, entonces creo que ha sido un proceso de aprendizaje difícil. Hay comunidades indígenas que de alguna manera quieren pasar la cuenta histórica de su postergación entonces ven en el convenio una oportunidad tremenda de hacer valer sus derechos. Eso genera mucha expectativa y hoy día el país y el sistema regulatorio no ha sido capaz de responder a esa expectativa.

c) Respecto a la OIT, la OIT se ha ido dando cuenta que el 169 no ha sido de fácil implementación. Entre la teoría y la práctica ha sido difícil no solamente en Chile sino en hartos países que han ratificado el 169 sobretodo en los países latinoamericanos. Entonces te encuentras con que hay una legislación que quiere regular y reconocer los derechos de las comunidades indígenas y te encuentras con una realidad en la que la institucionalidad de los países no ha sido capaz de responder a eso y nos encontramos con muchos conflictos entre proyectos de inversión, Estado y comunidades.

d) A las comunidades indígenas les gustaría que el convenio 169 se implementara en su totalidad. No solo el tema de la consulta sino la participación en los beneficios, la definición del territorio y en ese sentido, de acuerdo a como fue ratificado el convenio en Chile y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el único que es autoejecutable es la consulta, el resto requiere de una adecuación de la legislación chilena para ser implementado. Y eso genera cierta frustración en el mundo indígena porque se entiende que no han sido capaces de obtener los beneficios que ellos esperaban una vez que fuera ratificado el convenio. Entonces hay frustración en el mundo indígena. Legítima frustración.

Ellos se generan expectativas frente al convenio que por primera vez iba a haber una discriminación positiva respecto de ellos en su calidad de indígenas que los iba a llevar a una oportunidad de obtener una cierta reivindicación histórica que no se ha dado. Ellos veían en este nuevo marco regulatorio una oportunidad tremenda de reconocimiento de derechos que han sido postergados ancestralmente. Entonces decían que con el convenio lo vamos a hacer valer, vamos a participar en los beneficios de los proyectos, vamos a conseguir que nos reconozcan nuestro derecho ancestral de los territorios, vamos a tener mayores beneficios en educación, salud etc. Finalmente ellos sienten que no ha habido grandes cambios. Entonces obviamente que se generaron expectativas y en Chile no existe la institucionalidad que pueda dar respuesta a esas expectativas. Entonces no nos hemos sincerado respecto a las capacidades que tiene el Estado para responder a esas expectativas entonces ahí hay un *dismatch* entre lo que los pueblos originarios esperan y lo que la legislación y regulación ha sido capaz de entregar.

¿Cuáles son los problemas más graves respecto a la consulta por parte de la minera?

Yo creo que la manera de aplicar la consulta por parte de la autoridad. Lo que me ha tocado a mí es que la autoridad dice a la empresa, sabe que yo voy a arreglar este tema con la comunidad indígena, vamos a establecer un procedimiento. Yo quiero que usted quede un poco ajeno a esto. Y la empresa no puede quedar ajeno porque a la empresa no le es indiferente lo que pase en el proceso de consulta, porque si el proceso de consulta fracasa, y no se obtiene consentimiento, aun cuando no hay derecho a veto, el problema lo tiene la empresa. Y cuando demanden la nulidad de la resolución de calificación ambiental, el precio lo va a pagar la minera. Es decir la empresa no es indiferente, no le puede dar lo mismo respecto a cómo llevar a cabo el proceso de consulta. Yo siempre digo, aquí está la consulta pero previo a la consulta yo tengo que generar las bases para una relación de largo plazo empresa-comunidad, que se establezcan *impact benefits agreements* previo a la consulta de manera que la consulta vendría ser un mero trámite de una relación que ya existía de antes. En ese escenario la comunidad dice sabe que yo no tengo ningún problema porque la empresa lleva varios años, tenemos un acuerdo, se han ido cumpliendo cada una de las etapas. Es decir hay confianza y diálogo. Para mí si esta primera etapa existe, la consulta podría ser un mero trámite. Si nosotros suponemos

que la consulta es un primer contacto que hace el Estado con la comunidad indígena para informarle sobre un proyecto X, vamos directo al fracaso. La consulta no tiene la capacidad de entregar toda la información que muchas veces las comunidades tienen que saber y necesitan para aceptar un proyecto.

Lo que le recomendaría a una empresa que está iniciando un proyecto es iniciar relaciones comunitarias lo antes posible en etapas tempranas, escuchando a las comunidades y tratando de ver como la estrategia de la empresa responde a eso de manera de asegurarse que el proceso de consulta sea un proceso que tenga bases consensuadas previamente.

¿Ejemplos en otros países?

Uno siempre tiende a mirar a Canadá y Australia como ejemplos. Ellos no tienen ratificados el convenio 169. Si nosotros hubiéramos tenido una relación empresa comunidad sólida posiblemente no habríamos necesitado el convenio 169. Yo creo que Australia y Canadá no ratificaron no porque no querían cumplir con los estándares, sino porque ellos ya tenían una relación generada de mucho antes. Tenían “impact-benefit agreements” donde se dice mira este es el impacto que vamos a generar y esta es la compensación. Esto es una regulación hecha entre empresa y comunidad y a veces ni siquiera el estado está presente porque existen mecanismos a través de los cuales la empresa conversa con la comunidad indígena sobre un proyecto.

¿Marco legal en Chile. Hay que cambiarlo?

Todo es perfectible pero tenemos que empezar a mostrar logros, aun cuando no es lo óptimo que se generen resultados positivos para las comunidades indígenas y que ellos han conseguido ciertos reconocimientos, ellos han logrado que ciertos proyectos digan ok ustedes tendrán participación en los beneficios.

¿Cómo mejoramos la consulta?

Se va a mejorar si ha existido un diálogo, si se ha generado confianza, mecanismos de compensación y generación de valor mutuo. En la medida que eso exista previo a la consulta, da lo mismo el procedimiento porque el asunto estará cocinado de antes. Es un tiro y afloja permanente. No es muy simple.