

## **Proyectos de Inversión y Pueblos Indígenas**

### **Fundamentos para ejercer el derecho de participación de los pueblos indígenas en los proyectos de inversión.**

**Marcial Colín Lincolao**

**Consejero Nacional indígena CONADI ( 2012-2016).**

El presente documento toma como base una serie de conversaciones y entrevistas con dirigentes mapuche y de otros pueblos indígenas, que han entendido y asumido el derecho a la consulta como un factor relevante en la relación con el Estado y con la sociedad en general. Se asume como el punto de partida para relevar formas y contenidos que no han sido abordados a lo largo de la aplicación del indigenismo y del neoindigenismo como fuente política – ideológica de los gobiernos latinoamericanos que en su momento definieron esta relación como un “problema indígena”. Esta definición, entre otros puntos, afirmaba que la condición de indígena conllevaba a una situación de pobreza, razón por la cual la integración y asimilación fueron el eje desde donde se diseñaban y aplicaban las políticas públicas.

Tal definición indudablemente ha sido errada y hoy la comunidad internacional ha dado importantes pasos en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, los cuales por décadas centraron sus reclamaciones basados en el derecho a ser reconocidos como pueblos, el derecho al territorio y el derecho a la libre determinación. Lo anterior, junto a otros derechos sustantivos, ha sido consagrado principalmente en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En primera instancia la lectura de instrumentos jurídicos que reconocen el derecho a la consulta de los pueblos indígenas deja en claro que existen dos sujetos: El Estado como sujeto del deber de consultar y los pueblos indígenas como sujetos del derecho a ser consultados “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (C169. Art. 6.1a).

Este nuevo contexto supone establecer nuevas relaciones con los pueblos indígenas. Supone implementar los instrumentos jurídicos ratificados por el país, la cual es posible desde el ejercicio del derecho a la consulta y la participación.

Este escenario ha sido difícil de entender y aplicar debido a las brechas en la información y formación de las comunidades indígenas y debido a la interpretación que la administración pública le ha dado al derecho a la consulta. Interpretación que intenta

ajustarse a los instrumentos de gestión y definiciones anteriores a la entrada en vigencia del C 169.

En este sentido la consulta posee variables que no han sido abordadas en profundidad. Desde mi punto de vista la consulta es el derecho que nos permite recuperar el sentido político de la toma de decisiones. Para la administración pública, tal como lo vemos hasta hoy, es un proceso que según algunos está incluido en la participación ciudadana. Esta apreciación se recoge en el derogado DS 124 basado en la Ley 19.252, que pone el acento en “escuchar” a las comunidades, lo que dista en enfoque y contenido de lo que reconoce el C 169 y el DS 66 elaborado en el Gobierno de Sebastián Piñera, el cual reconoce que la consulta es un derecho de los pueblos indígenas y se realiza para “lograr acuerdos” o el consentimiento, cuando proceda. En la práctica, el diálogo que debe ser genuino y de buena fe, se realiza para lograr el consenso y las partes deben realizar todos los esfuerzos posibles para lograr dicho objetivo.

En otras palabras y tal como lo plantea el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la consulta es “la piedra angular”<sup>1</sup> ya que a través de la consulta previa se pueden implementar las disposiciones que se establecen en dicho convenio. El mismo Comité de Expertos (CEARC 2010) ha planteado que

En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de abordar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en las legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tiene que permitir la plena expresión – con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas – de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Por consiguiente, la Comisión considera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de esos pueblos. Debería realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia.

---

<sup>1</sup> Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Observación General sobre pueblos indígenas y tribales, Convenio 1989, Nº 169, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1A), Informe general y observaciones referidas a ciertos países, pág. 731 (2009).

Con estos argumentos, es evidente que muchos dirigentes indígenas asumen que la consulta previa es el punto de partida en una relación con el Estado basado en un enfoque de derechos y no es el punto de llegada. El derecho ya ha sido plenamente reconocido y la actualidad nos plantea el imperativo de ejercer dichos derechos.

Este punto es fundamental de entender. El derecho a la consulta no está consagrado solamente en el C 169. Anaya<sup>2</sup> expresa que

varios tratados además del Convenio 169 fundamentan la norma de consulta, tal como ha expuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos y los órganos de tratado de la ONU en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Internacional en Contra de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Si se compara el C 169 con la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se observa que

el proceso de implementación de ambos instrumentos es en gran medida el mismo, y las experiencias generadas hasta ahora en el contexto del Convenio núm. 169 pueden hasta cierto grado servir para inspirar las medidas adicionales que deben tomarse para implementar la Declaración<sup>3</sup>

Por último sobre este punto, se debe considerar que la consulta previa se deriva del derecho de la libre determinación de los pueblos, los cuales por su definición aún poseen un hábitat que el derecho internacional reconoce como territorio.

### **Proyectos de Inversión, territorios indígenas y consulta previa.**

En el ejercicio del derecho a la consulta, un tema clave y complejo de abordar por los pueblos indígenas lo constituyen los proyectos de inversión por cuanto están directamente relacionados con el territorio en que habitan los pueblos indígenas. Este concepto, más allá de las interpretaciones limitadas de algunos sectores, queda bien clarificado a partir de lo planteado por estudiosos de la norma. Al respecto, Zimmerman recoge lo que plantea el derecho internacional y los pueblos indígenas manifestando que

---

<sup>2</sup> El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. James Anaya. <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-delderecho-internacional>

<sup>3</sup> LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA PRACTICA. UNA GUÍA SOBRE EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/--normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

El derecho internacional distingue entre las nociones de “tierra” y “territorio” para evidenciar la diferencia entre un espacio físico o geográfico determinado (la porción de tierra en sí) y la reproducción o manifestación de la vida cultural asociada a ese espacio. Esa vida cultural se expresa a través de distintas pautas culturales ligadas con formas de uso de la tierra y sus recursos, lazos ceremoniales y espirituales y múltiples maneras de ser y concebir el hábitat y el mundo. Con la noción de territorio no se protege un valor económico sino el valor de la vida en general y de la vida cultural en particular.<sup>4</sup>

Esta definición debería ser suficiente para entender la importancia de las tierras y el territorio para los pueblos indígenas, ya que desde aquí se puede entender mejor el concepto de “afectación directa” a los pueblos indígenas. En otras palabras, es la dimensión cultural la que define hasta qué punto es posible intervenir estos espacios, considerando que por lo general gozan de protección legal.

En el caso de Chile la Ley 19.253 define a las tierras indígenas a “Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión...” (art. 12. 1) las que “por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley...” (art. 13).

No obstante lo anterior, se permite “permutar” tierras indígenas, previa autorización de CONADI.

Esta particular forma de vulnerar la protección del territorio, es la que ha generado serios conflictos con comunidades indígenas.

Sin embargo, más allá de lo que pasa en el país, existe un notable desarrollo de una doctrina normativa basada en los derechos humanos que hace referencia a los territorios indígenas. Un ejemplo de esto lo encontramos en algunos casos tratados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en el desarrollo del derecho a posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, desde la cual surgen sentencias que nos permiten entender y profundizar el debate sobre las tierras y territorios indígenas.

En el caso de la Comunidad Indígena Mayagna Sumo de Awas Tigni c/ Nicaragua del año 2001, la Corte delineó los siguientes criterios:

1. El Pacto de San José de Costa Rica no puede tutelar sólo la propiedad privada, por lo que también consagra el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.
2. El derecho a la tierra y al territorio es un derecho colectivo: el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras no es un derecho que ejerce cada miembro de una comunidad indígena de manera individual sino que, por el contrario, es un derecho cuyo titular es la comunidad en su conjunto.
3. Los pueblos y comunidades indígenas mantienen un vínculo especial con la tierra que define su propia existencia como grupo pues “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y

---

<sup>4</sup> El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Silvina Zimmerman <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-latierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

4. Los pueblos y comunidades tienen derecho a los recursos naturales “que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.<sup>5</sup>

Siendo este el panorama, la consulta como derecho político debe necesariamente considerar la mirada cultural de los pueblos indígenas.

### **Pacto Re- conocer y consulta indígena**

En el primer gobierno de la Presidenta Bachelet, surgió un primer intento de abordar la inversión en tierras indígenas el cual fue incorporado al Pacto Re- Conocer a través de un documento - elaborado por la oficina del entonces Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas, Rodrigo Egaña - denominado “Principios normativos, distinciones conceptuales y metodológicas, y lineamientos generales para el diseño y la implementación del código de conducta responsable para inversiones en tierras y áreas de desarrollo indígena”, más conocido como Código de Conducta Responsable.

Este novedoso tema que se incluye en desafíos y medidas planteados en el Pacto Re – conocer, señala textualmente:

Gestión del desarrollo integrado. Este eje hace énfasis en las condiciones de implementación de los proyectos de inversión públicos y privados en tierras indígenas y en Áreas de Desarrollo Indígena, así como las medidas que tomará el gobierno para regularlos, sin perjuicio de lo que prescribe la actual legislación, en especial en materia ambiental.

a) Creación del Código de Conducta Responsable. Se pondrá en ejecución un instrumento normativo que regule la realización de proyectos de inversión en Áreas de Desarrollo Indígenas y en tierras indígenas. Este Código será promovido por el Gobierno y propuesto a los actores relevantes. Serán componentes del Código el derecho indígena a ser consultados ante proyectos de inversión, el derecho a participar de los beneficios de las actividades productivas que se emprendan, la promoción del empleo local, el derecho a ser compensados por los daños causados y la aplicación del artículo 16 del Convenio 169.

Esta propuesta fue criticada por el empresariado, ONGs y algunas organizaciones indígenas que no alcanzaron a comprender el cambio que suponía la ratificación del Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo relacionado con el derecho a la consulta.

Como consecuencia de esto, se promulga el DS 124 del entonces MIDEPLAN bajo una lógica de la ley 19.253 y no del C 169.

---

<sup>5</sup> El derecho indígena a la tierra y al territorio en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Silvina Zimmerman <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-derecho-ind%C3%ADgena-latierra-y-al-territorio-en-el-sistema-interamericano-de-protecci%C3%B3n-de->

Posteriormente en el gobierno de Piñera se logró derogar el DS 124 a partir de la entrada en vigencia del DS 66, el cual regula la consulta reconocida en el art. 6 del C 169. Cabe recordar que en la propuesta original del gobierno se pretendía regular la consulta (art. 6 C 169) y la participación (art. 7 C 169), ante lo cual los representantes indígenas que fueron parte de la Mesa de Consenso alegaron que regular la participación era restringir el derecho a participar solo en planes y programas, lo que dejaba fuera otras formas de participación, solicitando al gobierno eliminara dicha propuesta. Esta fue acogida y finalmente se logró consenso en 16 artículos. Los artículos relacionados con “medidas a ser consultadas, afectación directa y proyectos de inversión” no fueron consensuados por cuanto los representantes de los pueblos indígenas consideraron que la brecha entre lo propuesto por el Gobierno se alejaba demasiado del estándar establecido en el C 169.

Sobre este contexto, se intenta responder a la pregunta específica sobre cómo realizar la consulta previa en el marco del SEIA.

Primeramente, y utilizando la normativa vigente (DS 66) la consulta se realiza con el fin de lograr acuerdos o el consentimiento según sea el caso. Para esto se debe determinar la procedencia de la consulta, según la cual el órgano que origina la medida, sea esta legislativa o administrativa, es el responsable de realizar la consulta.

En segundo lugar conviene recalcar que el actual Reglamento N° 40 del SEA no contempla consulta indígena tal como los representantes de los pueblos indígenas señalaron en la Reclamación ante la OIT luego de finalizado el proceso de la Mesa de Consenso. En dicha reclamación se señala que

las normas contenidas en el DS 40 y que hagan referencia a derechos de los pueblos indígenas, además de ser excepcionales en este decreto, no disponen de un mecanismo claro de consulta. Es más, el artículo 85 de este reglamento delega al SEA el deber de “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”

En el mismo sentido recalcar que la participación ciudadana de la ley 19.300 no cumple con los estándares de la consulta definida en el art. 6 del C 169.

En esa dirección, es sumamente difícil hacer dialogar conceptos y enfoques diferentes. La pregunta del cómo hacer una consulta para el caso de los proyectos de inversión, sobrepasan los criterios básicos de relacionamiento, por lo que significa el territorio y las tierras para los pueblos indígenas. Por otro lado la experiencia nos señala que finalmente,

bajo otras lógicas ajenas a los pueblos indígenas y al derecho reconocido, los proyectos de inversión terminan finalmente instalados, generando más pobreza y marginación, además de una división interna difícil de superar en el corto plazo.

Es por eso que volviendo al principio de este documento, la consulta para los pueblos indígenas debe tener por objeto recuperar el sentido de la toma de decisiones.

Esto implica elevar el estándar de la consulta y asumir en pleno lo que se reconoce en el art. 7 del C 169, el cual señala en el numeral 1 que “ Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este 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...”. El mismo artículo señala que “el mejoramiento en las condiciones de vida deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global...” de modo tal que “Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

**En definitiva la implementación del art. 7 del C 169 en directa vinculación con el art. 15 y 16, supone elaborar un mecanismo consensuado de participación de las comunidades indígenas en los proyectos de inversión desde su etapa de diseño.**

Estos mecanismos deberán considerar que el principio básico para la toma de decisiones es el consentimiento previo, libre e informado y su aplicación dependerá de cada pueblo indígena.