



Organización
Internacional
del Trabajo

REPORTE REGIONAL

COLOMBIA COSTA RICA GUATEMALA CHILE

Convenio núm. 169 de la OIT

sobre Pueblos Indígenas y Tribales
en Países Independientes
y la consulta previa a los pueblos
indígenas en proyectos de inversión



Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe

REPORTE REGIONAL

COLOMBIA COSTA RICA GUATEMALA CHILE

Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión



Organización
Internacional
del Trabajo

Oficina Regional para América Latina y el Caribe



Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2016

Primera edición 2016

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT

Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016. 112 p.

Pueblo indígena, convenio de la OIT, papel de la OIT, participación comunitaria, actitud de la dirección, aspecto jurídico, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile, América Latina.

ISBN: 978-92-2-331109-4 (web pdf)

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos digitales de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías y redes de distribución digital, u ordenándose a: ilo@turpin-distribution.com. Para más información, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns o escríbanos a: ilopubs@ilo.org.

Impreso en Perú

ADVERTENCIA

El uso del lenguaje que no discrimine, ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de nuestra Organización. Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de hacerlo en nuestro idioma.

En tal sentido y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español o/a para marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

ACT/EMP	Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT
ADI	Área de Desarrollo Indígena
AGER	Asociación de Empresas Generadoras de Energías Renovables
AI	Asociación Indígena
CA	Corte de Apelaciones
CI	Comunidad Indígena
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Chile
CONAI	Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, Costa Rica
CS	Corte Suprema
CV	Consultas Vecinales
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
DS	Decreto Supremo
DCP	Dirección Consulta Previa - Colombia
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
FUNPADEM	Fundación para la Paz y Democracia – Costa Rica - Guatemala
GNL	Gas natural licuado
ICANH	Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Colombia
ICE-CR	Instituto Costarricense de Electricidad, Costa Rica
ICE	Informe Consolidado de Evaluación
ICSARA	Informe Consolidado Aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones
ICP	Instituto de Ciencia Política- Hernán Echavarría Olózaga, Colombia
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
Ley Indígena	Ley N° 19.253
Ley Lafquenche	Ley N° 20.249
MDS	Ministerio de Desarrollo Social
MIDEPLAN	Ministerio de Planificación
MMA	Ministerio de Medio Ambiente
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAC	Participación Ciudadana
PH Diquís	Proyecto Hidroeléctrico Diquís
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
Titular o Titulares	Empresa pública o privada propietaria y responsable de un proyecto
US\$	Dólares de Estados Unidos de América
Viceministerio	En el caso de Chile, a un Viceministerio se le denomina Subsecretaría

NOTA ACLARATORIA

El Convenio núm. 169 (C169) de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) es uno de los instrumentos normativos de la Organización que más atención ha recibido en los últimos 5 años o más en diferentes foros, paneles, crónicas de prensa y noticias, tanto a nivel local como internacional.

La complejidad de los temas que se abordan en él, el conocimiento limitado del mismo, el enorme reto que implica para los Estados su implementación, más un grado importante de desinformación; han ocasionado que este instrumento sea observado con cuidado no solo por los propios pueblos indígenas, sino también por otros actores sociales, entre ellos el sector privado.

Para las organizaciones empresariales miembros de la OIT en particular de América Latina y el Caribe, región responsable de 15 de las 22 ratificaciones, su implementación viene presentando grandes retos y obstáculos importantes en la realización de inversiones no solo en proyectos extractivos de recursos naturales sino también en la ejecución de proyectos de infraestructura energética, puertos, aeropuertos, vialidad, etc.

La Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT (ACT/EMP) ante las preocupaciones del sector empresarial convocó, en la ciudad de Bogotá en Septiembre de 2011 a un evento de formación sobre el C169 a 24 delegados de las organizaciones empresariales más representativas de la Región, con la finalidad de aclarar dudas fundamentales y para compartir las experiencias que en sus respectivos países estaban teniendo con la implementación del Convenio.

En esta oportunidad los empleadores advirtieron que en algunos países se estaban produciendo situaciones que afectaban negativamente el derecho a la propiedad privada y a la seguridad jurídica, derivadas de inconvenientes en la aplicación de los procesos de la consulta previa por parte de los Estados. Identificaron también como preocupantes algunas de las recomendaciones que sobre la aplicación del Convenio núm. 169 hiciera la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y de Recomendaciones en 2010 y ciertos aspectos considerados confusos de la Observación General de 2011 de dicho órgano de control.

Adicionalmente solicitaron a la OIT y en particular a ACT/EMP, que lidere la realización de trabajos de investigación relacionados con los importantes desafíos regulatorios e institucionales que la implementación del C169 y del derecho a la consulta previa han venido planteando a la región.

Es así que en el tercer trimestre del 2014 se encarga la ejecución de estudios de caso para 3 países de América Latina, siendo Costa Rica, Guatemala y Chile los escogidos. Estos trabajos buscaban indagar sobre los retos y obstáculos que los procesos de consulta previa, relacionados con proyectos de inversión tanto públicos como privados en los citados países, vienen enfrentando en estas naciones, al tiempo de intentar dar una dimensión al impacto que la implementación en general del C169 estaba teniendo en la realización o no de estos proyectos.

Para Octubre de 2014, previa a la realización de la 18° Reunión Regional de las Américas de la OIT en la ciudad de Lima-Perú, se presentaron los resultados de las investigaciones de los casos citados a las organizaciones empresariales de la región. Además, se incluyó en esta presentación un estudio de caso independiente que para Colombia había llevado a cabo al *Instituto de Ciencia Política-Hernán Echavarría Olózaga (ICP)* en 2013. También se dio espacio en este evento a la Dirección de Consulta

Previa del Ministerio del Interior de Colombia y al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura del Perú con la intención recoger la perspectiva de los Gobiernos.

Posteriormente, ACT/EMP comisiona el presente Reporte Regional con la finalidad de consolidar y sistematizar los 4 estudios de caso, contrastarlos entre sí, para determinar aspectos comunes (positivos y negativos) y luego de un análisis profundo ofrecer conclusiones y recomendaciones dirigidas a los Estados, a la OIT y para las organizaciones empresariales.

La Oficina de Actividades para Empleadores considera que la perspectiva inédita desde la cual se aborda la implementación del C169 en este Reporte, ofrece una oportunidad muy valiosa para que desde la OIT y en estrecha colaboración con ACT/EMP, las diferentes instancias de la Oficina responsables de este tema aborden de una manera más estructurada y conjunta la asistencia técnica que se requiere de forma urgente para lograr un proceso de implementación de la consulta previa que sea eficiente, eficaz y sobre todo predecible, con el objetivo, compartido por todos, de conciliar la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, con la debida seguridad jurídica que demanda todo proceso de desarrollo e inversión dirigido al bienestar general de las sociedades de América Latina.

Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT



INTRODUCCIÓN

El presente reporte considera la recopilación de 3 estudios realizados entre los años 2013 y 2014 en torno a la implementación de la consulta previa para 4 países de América Latina (Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala). Este reporte revisa los aspectos más relevantes de cada uno de ellos. En el caso de Chile, Costa Rica y Guatemala, los estudios originales fueron realizados por encargo de la Oficina Internacional del Trabajo, y en el caso de Colombia, este fue desarrollado por iniciativa del Instituto de Ciencia Política (ICP), de ese país. Este documento consolida, en un solo Reporte Regional, los principales retos que enfrentan los Estados para implementar la “consulta previa”, dando cuenta además de las principales recomendaciones recogidas en los estudios de cada país, para facilitar la aplicación del Convenio núm. 169 y la consulta previa.

La OIT agradece profundamente a Matías Abogabir Méndez por su valioso apoyo en la consolidación de este Reporte, el cual se elaboró sobre la base de los estudios realizados por los expertos en los cuatro países antes mencionados. De esta forma, si bien el contenido original fue editado para elaborar un Reporte de carácter ejecutivo que considera las cuatro realidades, los textos que se presentan en este informe, así como las estadísticas y conclusiones, son fiel reflejo de los informes específicos realizados para cada país, incorporando citas textuales o párrafos extractados fielmente de los informes originales.

La OIT también agradece a Julie Hernandez, Directora Área de Proyectos del ICP, autores del Informe para Colombia y a Randall Arias, Director de la Fundación Paz y Democracia (FUNPADEM), autor del estudio para Costa Rica y Guatemala, pues su disposición y los antecedentes complementarios entregados, fueron fundamentales para la consolidación de este reporte regional. Además reconoce en sus informes, un profundo y serio análisis de las realidades de cada uno de los países.

Finalmente se agradece especialmente al equipo de Especialistas de ACT/EMP en América Latina por su apoyo en el proceso de elaboración de los informes por país, así como a Margara González, del equipo de la Consultora Local, pues sin su colaboración, este Reporte no sería posible.



ÍNDICE





ÍNDICE

PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA, COSTA RICA, GUATEMALA Y CHILE	12
— Colombia	12
— Costa Rica	12
— Guatemala	13
— Chile	13
RESUMEN EJECUTIVO	15
— Ratificación Convenio núm. 169 de la OIT	15
— Regulación de la Consulta Previa	15
— Implementación de procesos de Consulta Previa	16
— Dificultades en la implementación de la consulta previa	18
— Recomendaciones a los Estados en la implementación de la consulta previa	19
— Recomendaciones para las organizaciones empresariales en la implementación de la consulta	21
— Posibles áreas de asistencia técnica de la OIT	22
1 RATIFICACIÓN CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT	25
— Colombia	25
— Costa Rica	25
— Guatemala	25
— Chile	25
2 REGULACIÓN CONSULTA PREVIA	28
— Colombia	28
— Costa Rica	32
— Guatemala	32
— Chile	34
3 IMPLEMENTACIÓN DE PROCESOS DE CONSULTA	41
— Colombia	41
— Costa Rica	42
— Guatemala	45
— Chile	47



4 DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PROCESOS DE CONSULTA PREVIA	58
— Colombia	58
— Costa Rica y Guatemala (Dificultades comunes para ambos países)	60
— Costa Rica	62
— Guatemala	63
— Chile	64
5 RECOMENDACIONES	70
— Colombia	70
— Costa Rica y Guatemala (Recomendaciones Comunes)	71
— Costa Rica	73
— Guatemala	73
— Chile	74
6 SITUACIÓN REGIONAL	78
— Normativas Nacionales	78
— Institucionalidad en América Latina en materia de consulta previa	85
— Implementación de los procesos de consulta previa en la región	86
— Similitudes procesos de consulta	87
— Dificultad en la implementación de la obligación de consulta del Estado en la región	88
— Recomendaciones para los Estados que les permitan abordar los desafíos en la implementación de la obligación de consulta previa	91
— Recomendaciones para las organizaciones empresariales en relación a la implementación de la obligación de consulta	95
— Posibles áreas de asistencia técnica de la OIT	97
7 ANEXOS	101
— Anexo I › Texto Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)	101
— Anexo II › Ratificaciones Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)	110





PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA, COSTA RICA, GUATEMALA Y CHILE



PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA, COSTA RICA, GUATEMALA Y CHILE

Colombia

1. De acuerdo a las últimas cifras oficiales, en Colombia hay aproximadamente 87 Pueblos Indígenas¹, con un total de 1.559.852 indígenas² equivalentes al 3,4% de la población nacional³. De estos, 933.800 aproximadamente se asientan en 722 resguardos indígenas existentes. Además se destaca que hay aproximadamente 31.066.430 hectáreas tituladas en resguardos indígenas, equivalentes a un tercio de la extensión total del territorio colombiano.

Costa Rica

2. Costa Rica tiene una población indígena de 104.143 personas, equivalentes al 2,4% del total de la población nacional⁴, distribuida en un total de 8 pueblos indígenas⁵.
3. Estos pueblos indígenas están ubicados en 24 territorios reconocidos por las leyes de la República de Costa Rica. Muchos de ellos ubicados en zonas de difícil acceso.

1 Mokana; Wayu; Sánha; Kággaba o Kogi; Kankuamo; Ijka o Arhuaco; Chimila; Yuco; Zenú; Pacabuy; Wiwa; Bari; Tule o Kuna; Emberá Katio; Emberá; Guane; U'wa o Tunebo; Chiricoa; Betoye; Makaguaje; Sikuni; Misiguare; Amoruá; Cuiba; Sáliba; Muisca; Waunaan; Paez; Totoroe; Pijao; Tama; Achagua; Piapoco; Piaroa; Puinave; Curripaco; Guayabero; Guambianos; Guanaca; Dujo; Eperara Siapidara; Coconucos; Yanacona; Pastos; Coreguaje; Kamsá; Awa; Inga; Kofan; Siona; Yurutí; Pisamira; Cubeo; Carapana; Wanano; Taibano; Siriano; Tatuyo; Piratapuyo; Miraña; Huitoto; Yauna; Bara; Tuyuca; Muinane; Barasana; Andoque; Carijona; Nonuya; Bora; Matapí; Tariano; Desano; Letuama; Makú; Yucuma; Macuna; Cabiayá; Tanimuca; Yuri; Tucano; Ticuna; Ocaina; Cocama; Yagua; Nukak.

2 Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos – Cepal 2013.

3 Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos – Cepal 2013.

4 Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos – Cepal 2013.

5 Guaymí; Cabécar; Brunca o Borunca; Chorotega; Bribí; Huetar; Teribe o Térraba; Maleku.





Guatemala

4. Guatemala tiene una población indígena de 5.881.009 equivalentes al 41% del total de la población⁶, distribuida en un total de 23 pueblos indígenas⁷. Guatemala destaca también por ser el segundo país de América (después de Bolivia) con mayor proporción de población indígena.

5. De acuerdo al estudio elaborado para Guatemala, el informe de Desarrollo Humano de 2008, señala que 73% de los indígenas son pobres y de ellos el 26% son extremadamente pobres, contra el 35% de pobres en la población no indígena, en la que solo el 8% se encuentra en situación de extrema pobreza.⁸

Chile

6. De acuerdo a las últimas cifras y mediciones⁹, el año 2012, un 11.11% de la población declaró pertenecer a alguno de los nueve pueblos indígenas reconocidos en la Ley Indígena (Ley N° 19.253) dictada en 1993.

7. De un total de 1.805.243 personas pertenecientes a los pueblos indígenas, el 84.11% de ellos corresponde al pueblo Mapuche, seguido por los pueblos indígenas del norte (Aymara, Likan Antai o Atacameño, Quechua, Collas y Diaguitas), los cuales alcanzan un 10.62%. Por su parte, el Pueblo Rapa Nui, alcanza el 0.46% del total nacional, y los pueblos Kawéskar y Yamána o Yágan, alcanzan 0,17% de la población nacional.

6 Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos – Cepal 2013.

7 Achí; Akateco; Awakateco; Chortí; Chuj; Itzá; Ixil; Jacalteco; Kaqchikel; K'iché; Mam; Mopan; Poqomam; Poquomchí; Q'anjob'al; Q'eqchí; Sakapulteco; Sipakapense; Tektiteko; Tz'ut ujil; Uspanteko; Xinka; Garífuna.

8 Informe Consulta Previa Guatemala 2014 – Randall Arias - FUNPADEM.

9 Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos – Cepal 2013.



RESUMEN EJECUTIVO



RESUMEN EJECUTIVO

Ratificación Convenio núm. 169 de la OIT

8. Respecto de la cronología de ratificación del Convenio núm. 169 de la OIT por parte de los países que fueron objeto de Estudio, el primero en ratificarlo fue Colombia el año 1991, posteriormente Costa Rica en 1993, luego Guatemala el año 1996, y finalmente Chile en 2008. Adicionalmente destaca que el último país de la región en ratificar el Convenio núm. 169 es Nicaragua el año 2010. Respecto de los principales países latinoamericanos que aún no han ratificado el Convenio núm. 169 se encuentran Uruguay y Panamá.

Regulación de la Consulta Previa

9. Colombia fue el primer país en la región en dictar una regulación para abordar la implementación de la consulta previa, a través del Decreto N° 1320 de 1998, por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. En este instrumento se define el concepto de afectación directa relacionada a los impactos producidos sobre los territorios con presencia indígena, estableciendo cuándo debe realizarse una consulta.

10. Posteriormente, y tras 15 años de experiencia acumulada en relación a la implementación de la consulta previa, el Gobierno de ese país dictó el año 2013 una Directiva Presidencial¹⁰, que contiene una guía para realizar la consulta previa. El objetivo de esta guía fue aclarar los procedimientos referidos a la consulta, estableciendo etapas y responsabilidades para su implementación.

11. En el caso de Colombia, el responsable de la implementación de la consulta previa es el Ministerio del Interior. En particular la consulta previa de proyectos de inversión se coordina a través de la Dirección de Consulta Previa, organismo especializado en este tipo de consultas, que forma parte de este Ministerio. Las consultas de medidas legislativas, otras medidas administrativas o acerca de políticas públicas, las realiza la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, del mismo Ministerio.

12. En el caso de Costa Rica y Guatemala, se verifica que ninguno de estos países cuenta con regulaciones para la implementación de la consulta previa, lo que ha dificultado la misma. En este contexto, ninguno de ellos ha desarrollado procesos de consulta previa hasta la fecha.

13. En el caso de Costa Rica, actualmente se está activando el debate sobre la necesidad de un mecanismo de consulta previa, dada la necesidad de iniciar un proceso de consulta para un proyecto hidroeléctrico emblemático en el desarrollo energético del país, y cuya construcción generaría la relocalización de comunidades indígenas.

14. En Guatemala, si bien aún no existe una regulación para abordar la consulta previa, desde el año 2007 se ha discutido la necesidad de regularla, primero a través de un proyecto de Ley de Consulta elaborado por organizaciones Mayas, pero que hasta la fecha no ha prosperado. Luego, el año 2011, a través de una propuesta de reglamento para la Consulta del Convenio núm. 169 presentado por el Gobierno de

¹⁰ Directiva Presidencial N° 10, de Noviembre de 2013.

la época, se retomó el debate, pero posteriormente este reglamento fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Actualmente estos esfuerzos continúan, ahora por medio de un protocolo para regular la Consulta Previa, que está siendo impulsado por las autoridades nacionales en el período presidencial 2012-2015.

15. Finalmente en el caso de Chile, el primer esfuerzo normativo para regular la consulta previa data del año 2009, a través del Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, dictado justo al momento de entrar en vigencia el Convenio en Chile. Esta normativa tenía carácter de transitoria, a la espera de desarrollar un proceso de consulta para elaborar una normativa definitiva.

16. Dado lo anterior, luego de dos procesos de consulta que se desarrollaron por casi 3 años, se dictaron las dos regulaciones que actualmente están vigentes en materia de consulta previa en Chile y que reemplazaron al Decreto Supremo N° 124. Estas normativas son el Decreto Supremo N° 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social (MDS) que es la normativa que fija los criterios generales para la implementación de la consulta previa en Chile, y el Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente (MMA) que, entre otras materias, establece las causales que obligan a desarrollar la consulta previa para los proyectos de inversión y desarrollo que son evaluados ambientalmente.

17. Estas normativas son complementarias entre sí, y definen las etapas y responsabilidades en un proceso de consulta. A su vez, abordan los principios establecidos en el Convenio para la consulta previa, e interpretan los conceptos de afectación directa que determinan la necesidad de realizar o no una consulta.

18. Respecto de la responsabilidad de la consulta previa en Chile, su implementación y financiamiento le corresponde al organismo público responsable de evaluar, aprobar o rechazar determinada medida, permiso o proyecto. A su vez establece que el Ministerio de Desarrollo Social, es el organismo público competente para asesorar a los diversos organismos públicos en la implementación de esta obligación.

19. Como se podrá ver más adelante, en la región de América Latina, otros países que merecen un estudio más profundo en esta materia son Perú, México, Ecuador y Bolivia. En el caso de los dos primeros, estos tienen normativas específicas para abordar la consulta previa. Perú cuenta con una ley y un reglamento de consulta. En el caso de México, específicamente el Estado de San Luis de Potosí, también ha desarrollado una Ley de Consulta. Ecuador y Bolivia, no tienen regulaciones específicas sobre la consulta a nivel general, pero han incorporado la consulta previa en la legislación que aborda la explotación de hidrocarburos.

Implementación de procesos de Consulta Previa

20. En relación a la implementación de la consulta previa en los países estudiados, Colombia es el país con mayor experiencia en estos procesos. Hasta la fecha tiene más de 4.000 acuerdos protocolizados entre el Estado y los pueblos indígenas producto de procesos de consulta implementados desde el año 2003 al 2014. Estos acuerdos protocolizados son el resultado de la realización de consultas previas en proyectos mineros, energéticos, de hidrocarburos, permisos ambientales, entre otros.

21. En Colombia, antes del 2014 los procesos de consulta se extendían en promedio por más de 2 años, pero luego de la dictación de la directiva presidencial el año 2013, se logró avanzar en la implementación de procesos más eficientes, destacando



que a la fecha los procesos de consulta en promedio se extienden por 8 meses¹¹. En relación a los costos, el estudio realizado para Colombia, evaluó el costo de estos procesos considerando tanto los costos explícitos (costos logísticos, costos de recursos humanos, costos de consultorías) y los costos implícitos (costo oportunidad por el retraso del proyecto a causa de la consulta previa). En particular el modelo presupuestal empleado estima que en promedio la demora de un proceso de Consulta Previa complejo le puede generar un sobrecosto aproximado a un proyecto de USD 600 mil dólares mensuales aproximadamente, incluyendo costos implícitos y explícitos, sin importar el tipo o naturaleza del proyecto. En estos costos si bien se consideran costos inherentes a la logística necesaria para poner en marcha los procesos de Consulta Previa, también consideran que en algunos casos se ha hecho necesario suscribir contratos con terceros que llegan en promedio a USD 176.000. Finalmente, en el caso de Colombia se indica que en promedio, a causa del desarrollo de un proceso de consulta, el Estado gasta aproximadamente USD 5.000 mensuales por cada consulta por proyecto, considerando viajes, logística interna de los funcionarios del Estado, entre otros.

22. En el caso de Costa Rica, no existe experiencia sobre la implementación de procesos de consulta previa, pero los antecedentes recopilados indican que el proceso de consulta previa para el Proyecto PH Diquís, que sería el primer proceso de consulta previa que deberá ser ejecutado, tendrá un costo aproximado de US\$ 150.000.

23. Guatemala tampoco tiene experiencia en relación a la implementación de la consulta previa, por lo que no existen antecedentes que permitan saber cuánto podría tardar un proceso de consulta. De todas formas, el estudio destaca la relación que se ha desarrollado en Guatemala entre la demanda por consulta previa y la implementación de las Consultas Vecinales impulsadas para expresar la opinión ciudadana, y en muchos casos de los pueblos indígenas sobre los proyectos, mayoritariamente mineros e hidroeléctricos.

24. Finalmente en el caso de Chile, la implementación de procesos de consulta previa para proyectos de inversión o desarrollo, se ha vinculado especialmente con la evaluación ambiental de proyectos mineros, hidroeléctricos y de infraestructura pública.

25. Como se podrá ver más adelante, la duración de los procesos de consulta en Chile se extiende en promedio por más de 280 días, siendo 48 días la duración de la consulta más corta hasta la fecha para un proyecto de prospección minera y de más de 600 días la consulta más larga y que aun continua en ejecución.

26. En Chile, la judicialización ha sido una herramienta determinante en la implementación de la consulta previa para proyectos de inversión, dado que muchos proyectos que habían sido aprobados sin consulta previa, fueron objeto de procesos de judicialización, luego de lo cual la justicia determinó la obligatoriedad de que esos proyectos fueran consultados.

27. Ahora bien en líneas generales, este reporte da cuenta que la aplicación de la consulta previa en los diversos países de Latinoamérica, ha ido de la mano con un proceso de judicialización especialmente referido a la ausencia de consulta en la dictación o aprobación de medidas administrativas, legislativas y proyectos de inversión, que han sido cuestionados judicial y constitucionalmente en algunos casos. Esta situación ha precipitado la discusión sobre regulaciones ad hoc para cada país, que aborden la interpretación de algunos conceptos contenidos en el Convenio núm.

¹¹ Promedio para las consultas desarrolladas el año 2014. Información publicada por la Dirección de Consulta Previa el año 2015.

169 de la OIT en relación a la consulta previa, que son de carácter genérico y se prestan para diversas interpretaciones. Esta discusión sobre regulaciones nacionales, y los procesos de judicialización, a su vez ha significado que en los últimos años ha aumentado notablemente la implementación de los procesos de consulta previa.

28. Si bien, en los últimos años se ha visto un aumento significativo en el desarrollo de procesos de consulta previa para proyectos de inversión, esto no necesariamente ha significado una disminución en la judicialización de las medidas consultadas, pues aún existen importantes diferencias de criterios e interpretaciones respecto de las obligaciones contenidas en el Convenio núm. 169, sobre las expectativas y resultados de los procesos de consulta, así como también cuestionamientos a las metodologías utilizadas, entre otros. La necesidad de asistencia técnica de la OIT se considera de especial relevancia, particularmente en lo que se refiere a la sistematización y difusión de experiencias comparadas en materia de consulta previa en los diversos países, dando a conocer los casos de éxito, las buenas prácticas, y también las lecciones aprendidas a través de los años de implementación.

Dificultades en la implementación de la consulta previa

29. Como se podrá ver a lo largo del reporte, uno de los principales obstáculos para la implementación de la consulta previa en América Latina ha sido el alto nivel de **desconfianza existente entre las partes** que interactúan en estos procesos (Estado, pueblos indígenas y privados), lo que dificulta el diálogo y la generación de acuerdos.

30. Por otra parte, la **ausencia de espacios de diálogo permanentes** entre el Estado y los pueblos indígenas, hacen que la consulta de un proyecto de inversión sea el único espacio donde se pretenden solucionar todas las demandas históricas¹² de los pueblos indígenas, y por tanto la exigencia sobre los proyectos de inversión se hace muy pesada.

31. Otro aspecto relevante visualizado en todos los países, se refiere a la **ausencia de información sistematizada sobre los pueblos indígenas**, sus tradiciones, actividades y sitios culturales, lo que dificulta la identificación de la afectación que un proyecto de inversión pueda producir, lo que termina en muchos casos resolviéndose en tribunales de justicia.

32. Los **altos costos que significa la implementación de una consulta** es otro tema de relevancia. Una consulta requiere de recursos para traslados, alimentación, contratación de asesores externos para los pueblos indígenas, entre otros. En este contexto, la dificultad que han tenido los Estados para responder satisfactoriamente a esta necesidad de recursos, ha significado el retraso de los procesos de consulta.

33. Al mismo tiempo, **el retraso en la implementación de los procesos de consulta previa en proyectos de inversión impacta directamente, en la economía, mano de obra y lucro cesante local**. En el caso específico de los proyectos de inversión en energía e infraestructura, se generan impactos sobre los costos y precios de la energía, y también en conectividad.

34. Otra dificultad importante en relación a los recursos para realizar una consulta se refiere a la definición sobre **quién debe suministrar los recursos para la implementación de la consulta previa**, dado que en algunos casos este financiamiento se le solicita a

12 En algunos casos estas demandas históricas dicen relación con el reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículos 13-14 del Convenio núm. 169). En otros casos también se refiere a la ausencia del Estado para dar respuesta y solución oportuna a las necesidades de las comunidades en servicios básicos, educación, salud, desarrollo, entre otros.





las empresas y no lo dispone el Estado, lo que despierta suspicacias en los pueblos indígenas.

35. Los **desafíos de representatividad de los pueblos indígenas** es otro tema importante evidenciado en los distintos estudios, pues las organizaciones indígenas y sus representantes son permanentemente cuestionados por sus pares, lo que dificulta el establecimiento de acuerdos duraderos.

36. Las grandes expectativas de los pueblos indígenas sobre los procesos de consulta y sus resultados son otra piedra de tope, especialmente en relación **al derecho de vetar un proyecto de inversión** -no contemplado en el Convenio núm. 169- que anhelarían poder disponer las organizaciones indígenas en los procesos de evaluación de los proyectos de inversión. En este contexto, el **traspaso de responsabilidades del Estado hacia las empresas privadas**, es otro aspecto evidenciado como una de las principales dificultades en materia de expectativas de los pueblos indígenas.

37. Sobre el punto anterior, tanto el Estado, como las empresas han sido lentas en comprender que un proceso de consulta, **no es solo informar y proponer medidas de compensación, sino que en muchos casos realizar cambios importantes al proyecto de inversión incorporando a los pueblos indígenas en los beneficios**. A su vez, las empresas deben comprender que una consulta previa también puede concluir que determinado proyecto no es conveniente para el territorio.

38. En relación a los aspectos institucionales, se aprecia que **la falta de estructuras de consulta, de procedimientos oficiales y de equipos capacitados** para desarrollar estos procesos, también constituye una gran dificultad al desarrollar procesos de consulta.

Recomendaciones a los Estados en la implementación de la consulta previa

39. A lo largo del reporte, podrá evidenciar que una de las principales necesidades para facilitar la aplicación de la consulta previa, se refiere a la necesidad de impulsar espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas, donde se puedan abordar las demandas históricas y establecer mecanismos de diálogo ad hoc a los territorios. Estos diálogos deben incorporar a todos los involucrados generando un compromiso de país.

40. En este contexto la promoción de la participación de los pueblos indígenas en la planificación territorial parece fundamental para que sus preocupaciones, anhelos y visiones estén consideradas tempranamente en el desarrollo de los territorios indígenas.

41. Por otra parte, se hace necesario avanzar en la elaboración de registros cartográficos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, para abordar la necesidad de contar con más y mejor información acerca de los pueblos indígenas, que los visibilice y promueva el respeto de sus derechos, culturas y territorios.

42. Como podremos ver a lo largo del documento, la implementación de la obligación de consulta del Estado, implica la ejecución de una serie de actividades que requieren de recursos para desarrollar procesos pertinentes a la realidad de los pueblos indígenas. De esta forma, a lo largo del documento se concluye que es de suma importancia que los países estudien mecanismos para financiar estos procesos contemplando recursos para la logística de una consulta, y para las asesorías, capacitación y fortalecimiento de los pueblos indígenas y sus organizaciones.





43. Adicionalmente, en relación a las expectativas que genera la consulta previa en los pueblos indígenas como instrumento que les permita no solo resguardar sus derechos sino también obtener beneficios, a lo largo del documento se revisa la necesidad de que los Estados puedan estudiar mecanismos institucionales que permitan a los pueblos indígenas beneficiarse por los proyectos desarrollados en sus territorios. El artículo 15 número 2 del Convenio núm. 169 en el 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”*, establece que es el Estado el responsable de velar por la obligación de hacer partícipes a los pueblos indígenas afectados, siempre que sea posible, de los beneficios¹³ que reporten las actividades de prospección y explotación de recursos naturales. En este contexto, si bien estas actividades (prospección y explotación) en la gran mayoría de los casos son desarrolladas por empresas privadas/público-privadas, la responsabilidad establecida en el Convenio es del Estado, y no debe ser transferida a los privados. En este contexto, para abordar esta situación, vinculando las actividades de explotación y la responsabilidad del Estado, se recomienda que los Estados estudien herramientas que permitan que los pueblos indígenas no solo sean compensados por los impactos que genera el desarrollo de proyectos en sus territorios¹⁴, sino también sean directamente beneficiarios de esos proyectos, estudiando mecanismos de redistribución de los impuestos que los proyectos pagan por el desarrollo de determinada actividad, como también incorporar mecanismos para que el éxito del proyecto traiga consigo el logro de los anhelos de las comunidades y pueblos indígenas. De esta forma, a través de un esquema adecuado, se abordan las diversas expectativas que existen sobre la consulta, y cada cual asume su cuota de responsabilidad. Por un lado, el concepto de “participar en los beneficios” se realiza a través de mecanismos institucionales, donde el Estado reconoce la vinculación que existe entre las organizaciones indígenas y determinado territorio y sus recursos naturales, independiente de la actividad o proyecto específico, y por otra parte la empresa (pública o privada) compensa, mitiga y repara por los impactos de sus proyectos, complementando a su vez con la implementación de las políticas de responsabilidad social corporativa.

44. Por su parte, dada la urgente necesidad de implementar procedimientos de consulta previa que sean adecuados y eficaces, se revisa la importancia que le deben dar los Estados al fortalecimiento de sus capacidades para facilitar la implementación de la consulta previa. En este contexto, la necesidad de focalizar esfuerzos para generar una institucionalidad competente en la implementación de la consulta previa, debe ser una prioridad, dado que la experiencia registrada en los países que han avanzado en la dictación de regulaciones específicas sobre la consulta previa, da cuenta que esto contribuye a la implementación del Convenio, pues clarifica términos y establece responsabilidades, reduciendo conflictos, lo que permite impulsar decididamente la implementación de la consulta previa.

45. Respecto de lo anterior, el documento también concluye que para que estas regulaciones sean efectivas y contribuyan a la implementación del Convenio, deben ser elaboradas a través de profundos procesos de diálogo y consulta con los pueblos indígenas, para generar consensos que le den sustento a la aplicación de los procesos. Al mismo tiempo se recomienda, que estos procesos de consulta contemplen espacios de diálogo con las organizaciones empresariales, que permitan identificar el momento más adecuado para la realización de la consulta previa, considerando a todos los

¹³ En general este concepto de beneficios se asimila con el concepto de “utilidades”, por lo cual en muchos casos, este concepto de participar en los beneficios, es interpretado por los pueblos indígenas como “compartir utilidades”.

¹⁴ Esta compensación dice relación con la responsabilidad de las empresas, pues son ellas las que generan los impactos.





involucrados. Esto además permitirá dar pasos seguros y firmes hacia el entendimiento de las partes.

46. La desinformación acerca del Convenio núm. 169 y sus alcances es otro desafío que deben abordar los gobiernos, para lo cual se concluye como aspecto crítico la necesidad de que los Estados impulsen procesos de capacitación, tanto con los pueblos indígenas como con los funcionarios públicos y la sociedad en general.

Recomendaciones para las organizaciones empresariales en la implementación de la consulta

47. Si bien la obligación de consulta recae sobre el Estado, las empresas no están exentas de responsabilidades para facilitar su implementación, sobre todo considerando que son un actor involucrado al momento de implementarse consultas que aborden el desarrollo de proyectos de inversión. En este sentido a lo largo del documento se refleja la necesidad de que las organizaciones empresariales desarrollen procesos de acercamiento con el Estado y con los pueblos indígenas para estudiar mecanismos que permitan mejorar la aplicación de la consulta previa, especialmente para definir el momento más adecuado para realizar la consulta y estudiar mecanismos que permitan un diálogo fructífero.

48. En este contexto, y con miras a alcanzar relaciones respetuosas y responsables con el entorno de los proyectos, se analiza la importancia que los gremios empresariales promuevan instancias que permitan a las empresas familiarizarse con la realidad de los territorios en donde operan, así como también sobre las particularidades de los pueblos indígenas, desarrollando capacidades internas que ayuden a las empresas a comprender la cosmovisión de los pueblos indígenas, promoviendo de esta manera el establecimiento de relaciones más adecuadas.

49. Dado que la consulta es un proceso permanente y dinámico, también se aborda la importancia de que las empresas mantengan instancias de diálogo permanentes con los pueblos indígenas, una vez que los proyectos se encuentren en operación, y no solo para las etapas de diseño y aprobación de proyectos, manteniendo canales de comunicación abiertos que permitan prevenir y resolver conflictos oportunamente.

50. Dialogar siempre con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, respetando sus formas de organización, liderazgos y canales de comunicación es otro aspecto trascendental identificado en este reporte, al que se le debe asignar una especial importancia. Este diálogo, siempre debe darse a través de los mecanismos institucionales y regulados para estos efectos, con la presencia del Estado, para generar procesos transparentes, y evitar suspicacias y generación de desconfianzas. A su vez, se ha registrado que en algunos casos las empresas no reconocen de forma temprana, todos los impactos que generan, ya sea por temor, precaución, desconocimiento o intencionalmente. Esta situación afecta la confianza con los pueblos indígenas y el éxito de una consulta, por lo que este reporte aborda la necesidad de que las empresas reconozcan todos los impactos que producen sus proyectos sobre los territorios de manera temprana y transparente, ya que permitirá estudiar adecuadamente medidas que mitiguen o reparen los impactos, y avanzar en la generación de confianzas.

51. Finalmente un aspecto relevante que debe ser abordado por las organizaciones de empleadores, es la necesidad de que ellas participen activamente de la evaluación que realiza la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, sobre el proceso de implementación del Convenio núm. 169 de la OIT en cada país.



Para esto, ellas deben asumir un rol activo a través de los mecanismos formales, considerando la elaboración y envío de informes o memorias alternativas, a las oficiales presentadas por los gobiernos nacionales, cuando en ellas no sean considerados, y que permitan dar cuenta de la aplicación desde la perspectiva empresarial, para que esta sea tomada en consideración.

Posibles áreas de asistencia técnica de la OIT

52. Respecto del rol de la OIT en la implementación de la consulta previa, este reporte, al igual que los distintos estudios realizados para cada país, aborda los desafíos que tiene este organismo internacional al momento de diseñar herramientas y entregar asistencia técnica para facilitar su aplicación.

53. En este contexto, si bien se reconoce que la OIT ha tenido un rol activo en materia de promoción del Convenio núm. 169 para incentivar su ratificación, el presente reporte da cuenta de que los actores locales involucrados en la implementación de la consulta, reclaman la ausencia de la OIT durante los últimos 15 años para facilitar la implementación de este instrumento en lo que se refiere a la asistencia técnica durante la realización de los procesos de consulta. Esta ausencia dio lugar a diversas interpretaciones y expectativas que en algunos casos, terminaron en un escalamiento de los conflictos, aumento de desconfianzas entre las partes, o la reducción de inversión en zonas indígenas para evitar enfrentarse a procesos engorrosos y con alta incertidumbre. Sin perjuicio de lo anterior se recomienda revisar el documento “Manual para los mandantes tripartitos de la OIT”¹⁵, el cual es un instrumento de mucha utilidad para comprender el Convenio.

54. De esta forma, este reporte, al igual que los diversos estudios realizados, establece que la OIT debe asumir un rol más activo respecto de los desafíos que depara la implementación de la consulta previa, especialmente en la realidad concreta de implementación.

55. Es por esta razón que se considera necesario para la eficaz implementación del Convenio núm. 169, que la OIT aclare algunos conceptos y alcances que se consideran fundamentales sobre la consulta previa, de manera de dar coherencia en la aplicación del Convenio, especialmente a través de la aclaración de aspectos relativos a las diversas interpretaciones del Convenio núm. 169 a la luz de otros instrumentos internacionales. Esto permitirá construir confianzas, a través de la entrega de mayor certidumbre respecto de los alcances y la finalidad de sus principios y derechos. Esto es especialmente importante en lo que se refiere al concepto de “consulta previa” y su diferencia del concepto “consentimiento”. Esta confusión de conceptos, actualmente presente en la aplicación de la consulta previa, genera sobre-expectativas y expectativas equivocadas, incertidumbre y finalmente desconfianza, por lo cual se hace urgente que este organismo haga frente a esta situación. Es importante destacar que el artículo 16 del Convenio, reconoce, en el traslado y la reubicación de los pueblos interesados, una causal para la cual el consentimiento es particularmente necesario. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo del Convenio también señala que cuando no pueda obtenerse el consentimiento, pero el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas se considere necesaria, esta acción igualmente puede implementarse sin su consentimiento. Para ello el Convenio señala que esto solo debe ocurrir al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas

¹⁵ http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm





encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

56. Para abordar este desafío, es importante que la OIT impulse procesos de acercamiento y diálogo con el resto de los organismos internacionales del Sistema de Naciones Unidas que abordan la temática indígena, en especial aquellos que tratan temas relacionados con la consulta previa. Estos diálogos deben ir en busca de clarificar criterios y expectativas, alcanzar consensos comunes en la materia, y construir de manera coordinada mecanismos que permitan a los países fortalecer sus capacidades para abordar los desafíos que entraña el Convenio núm. 169 y la consulta previa.

57. Al mismo tiempo la asistencia de la OIT en la sistematización de buenas prácticas e historias de éxito en diálogos interculturales a través de la experiencia internacional, puede ser de mucha utilidad para los países que han ratificado el Convenio.

58. El apoyo que puede prestar la OIT en lo que se refiere al fortalecimiento de las capacidades de diálogo intercultural de los diversos intervinientes, es identificado también como una necesidad básica que permita avanzar en el desarrollo de procesos de consulta exitosos. De todas formas, se destaca que el apoyo no debe solo reducirse a los procesos de consulta, sino también a la implementación de procesos de diálogo permanente, ya que la construcción de confianzas entre los pueblos indígenas, el Estado y las empresas es un aspecto prioritario para el éxito de estos procesos. El apoyo que la OIT pueda dar, actuando como observador de dichos procesos de diálogo, permitiría entregar garantías de transparencia y confianza en los diálogos.

59. Asimismo, con el objetivo de fortalecer estos diálogos, se considera importante que la OIT pueda entregar asistencia técnica que permita disponer de herramientas y capacitación jurídica, para fortalecer las capacidades de los pueblos indígenas.

60. Los estudios realizados también dan cuenta de la necesidad de capacitación que tienen las organizaciones de empleadores al respecto. En este sentido, se considera fundamental que la Oficina Internacional del Trabajo promueva acciones para fortalecer las capacidades de las organizaciones de empleadores en referencia al Convenio núm. 169, facilitando información, entregando herramientas y fortaleciendo las capacidades de diálogo, para que las empresas estén preparadas para participar de estos procesos.

61. La necesidad de sistematizar la información referida a los pueblos indígenas, generando bases de dato robustas, y desarrollando estudios complementarios cuando sea necesario es otro aspecto que puede requerir el apoyo de la OIT.

62. Al mismo tiempo, el apoyo de la OIT en la sistematización y seguimiento de las consultas previas, se torna un aspecto relevante, pues permite aprender de los procesos, entregando información actualizada sobre el desarrollo de una consulta, fortaleciendo la importancia y cumplimiento de los acuerdos.



1 | RATIFICACIÓN CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT



11 RATIFICACIÓN CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT

Colombia

63. El Convenio núm. 169 fue ratificado por Colombia mediante la Ley N° 21 en el año 1991, destacando que durante ese mismo año, se estableció en Colombia la constitución de 1991 que reconoce a los pueblos indígenas, y promueve su *“participación de todas en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”*.

Costa Rica

64. En Costa Rica existe un abundante desarrollo normativo con respecto a los pueblos indígenas, que deriva de los artículos 33, 50 y 76 de la Constitución Política de 1949. El Convenio núm. 169 fue ratificado en el año 1993.

65. Destacan las siguientes normativas en relación a los pueblos indígenas:

- ▼ Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) de 1973
- ▼ Ley Indígena de Costa Rica de 1977
- ▼ Ley de Patrimonio Arqueológico de 1981
- ▼ Ley de Inscripción y Cedulación Indígena de 1991
- ▼ Ley de Creación del Día de las Culturas de 1994
- ▼ Ley de la defensa del idioma español y lenguas aborígenes Costarricenses de 1996
- ▼ Ley de diversidad étnica y lingüística de 2000

Guatemala

66. El Convenio núm. 169 fue ratificado por Guatemala en junio de 1996. Además la Constitución Política de 1985 ya establecía un conjunto de derechos para los pueblos indígenas en los artículos 4, 58, 60, 66, 67, 68, 69, 71, 76. A su vez, los acuerdos suscritos entre el año 1994 y 1996 que dieron fin a la Guerra Civil en Guatemala, contienen algunos aspectos referentes a la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, especialmente el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos de 1994 y el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas de 1995.

Chile

67. La ratificación del Convenio núm. 169, surge producto de un largo proceso de debate parlamentario desarrollado a partir de los compromisos asumidos por el Estado de Chile con los pueblos indígenas desde el retorno a la democracia en 1990.

68. De esta forma, en enero de 1991, se presentó al Congreso Nacional un proyecto para aprobar el Convenio núm. 169 con el objeto de dar cumplimiento a los compromisos establecidos previamente en materia indígena. El trámite de aprobación fue largo y dilatado en el tiempo, discutiéndose en el poder legislativo por más de diecisiete años. Así, en octubre de 2008, fue promulgado en Chile el proyecto que



aprobó el Convenio núm. 169 de la OIT, para su posterior ratificación y entrada en vigencia en septiembre de 2009.

69. Durante la discusión en el Congreso, el Tribunal Constitucional de Chile se pronunció en dos oportunidades sobre el texto del Convenio. En una primera instancia, durante la tramitación legislativa, a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado; y en una segunda oportunidad, con ocasión del control de constitucionalidad que debió ejercer sobre aquellas normas del Convenio que habían sido aprobadas con quórum de ley orgánica constitucional.

70. En ambas ocasiones, el Tribunal Constitucional se refirió respecto de la existencia de dos tipos de normas que pueden estar presentes en un tratado internacional, las normas autoejecutables o *self-executing* y las normas no autoejecutables o *non self-executing*.

71. El Tribunal Constitucional declaró que las normas autoejecutables son aquellas normas que se aplican de forma inmediata y directa una vez que entra en vigencia el Convenio. Por el contrario, las normas no autoejecutables, son aquellas que aun cuando entra en vigencia el Convenio, no son exigibles inmediatamente, sino que imponen un deber al Estado de dictar una modificación legal o reglamentaria en las normativas vigentes, que permitan su autoejecutabilidad.

72. De esta forma, en abril de 2008, el Tribunal Constitucional declaró constitucionales y autoejecutables el artículo 6, N° 1, letra a) y N° 2, y el artículo 7, N° 1, oración segunda del Convenio, con lo cual se considera que la consulta a los pueblos indígenas definida en el artículo 6 del Convenio núm. 169, debe ejecutarse e implementarse desde la sola entrada en vigencia del Convenio en Chile, aun cuando no esté regulada su aplicación.





2 | REGULACIÓN CONSULTA PREVIA

21 REGULACIÓN CONSULTA PREVIA

Colombia

73. Es importante destacar que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 330, señala que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

- ▼ Velar por la aplicación de las normas legales sobre uso del suelo y poblamiento de sus territorios.
- ▼ Diseñar las políticas, los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- ▼ Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por la debida ejecución.
- ▼ Percibir y distribuir sus recursos.
- ▼ Velar por la preservación de los recursos naturales.
- ▼ Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en sus territorios.
- ▼ Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio, de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
- ▼ Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades.
- ▼ Las que les señalen la Constitución y la Ley.

74. Por su parte, sobre los territorios indígenas y sus recursos naturales, la Constitución señala: *“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”*, definiendo que en estos casos se requerirá de consulta previa.

75. En materia de regulación de la consulta previa en Colombia, el Decreto N° 1320 de 1998, *“Por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”*, es el instrumento normativo principal que regula la implementación de la consulta.

76. En este instrumento se establece que *“La Consulta Previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, (...), y las medidas propuestas para proteger su integridad.”*. Adicionalmente esta regulación establece cuándo deberá realizarse una consulta: *“La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas (...),”*

77. Esta normativa define a su vez que el Ministerio del Interior es el organismo responsable en Colombia de la implementación de la obligación de consulta previa del Estado con los pueblos indígenas. También establece que este Ministerio será el





responsable de certificar la existencia de comunidades indígenas en un determinado territorio, al momento de estudiar la necesidad de aplicar una consulta previa.

78. Adicionalmente, mediante el Decreto N° 2893 de agosto de 2011, se establece formalmente en el Ministerio del Interior, la Dirección de Consulta Previa (DCP), que es la responsable de implementar y coordinar los procesos de consulta.

79. En la actualidad esta Dirección cuenta con 66 profesionales divididos en una coordinación jurídica, otra de certificaciones y una última de gestión.¹⁶

80. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se organiza en tres áreas:

- ▀ Área de Certificación: Encargado de la certificación de presencia o no de Grupos Étnicos en el área de influencia de un Proyecto, Obra o Actividad.
- ▀ Área de Gestión: Encargada de ejecutar los procesos de Consulta Previa con cada una de las Comunidades que se registran en los Proyectos, Obras o Actividades.
- ▀ Área Jurídica: Encargada de soportar jurídicamente cada una de las acciones de la Dirección de Consulta Previa.

81. Entre las principales funciones de la Dirección de Consulta Previa se encuentran:

- ▀ Dirigir, en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.
- ▀ Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.
- ▀ Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa.
- ▀ Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretendan desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.
- ▀ Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.
- ▀ Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos.
- ▀ Consolidar y actualizar la información del Ministro del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio.
- ▀ Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa.

82. En particular para un proyecto que requiere licenciamiento ambiental y que afecte a los pueblos indígenas o requiera de la explotación de los recursos naturales en

¹⁶ Página web Dirección de Consulta Previa revisado al 23-02-2015 <http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa>





territorios indígenas, la consulta previa se realiza durante la evaluación ambiental de los proyectos, y es la Dirección de Consulta Previa la responsable de implementarla.

83. En el caso de las medidas administrativas o proyectos que no requieran licenciamiento ambiental, pero que afecten a pueblos indígenas, estos procesos de consulta también son desarrollados por la Dirección de Consulta Previa, antes de la autorización del permiso.

84. Destaca además que a través de la Directiva Presidencial N° 10, de Noviembre de 2013, el Gobierno Colombiano elaboró una guía para realizar la consulta previa. En esta guía se aclararon los procedimientos referidos a la consulta, estableciéndose las etapas para iniciar, desarrollar y finalizar una consulta adecuadamente. Así también se establecen las responsabilidades de los diversos organismos públicos en relación a la consulta previa, y los momentos en que deben participar.

85. La consulta definida en este instrumento considera un primer paso de certificación y luego una segunda fase de gestión de la consulta. El primer paso correspondiente a la Fase de Certificación, considera que una persona natural o jurídica interesada en ejecutar un proyecto, obra o actividad, deberá formular una solicitud de certificación sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto. Esta solicitud deberá realizarse a la Dirección de Consulta Previa.

86. Los requerimientos básicos para esta solicitud son el nombre del proyecto, una descripción de este, las coordenadas geográficas, planos del proyecto, la estimación del área de influencia y el detalle de las actividades que se desarrollarán tanto para llevar a cabo el proyecto como para su operación y cierre.

87. Si en la certificación se identifican grupos étnicos en el área de influencia del proyecto, el ejecutor del proyecto debe solicitar el inicio del Proceso de Consulta Previa.

88. Una vez certificada la existencia de grupos étnicos, se ingresa a la Fase de Gestión, en la cual la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en uso de sus facultades legales y constitucionales inicia los trámites pertinentes y traza la ruta metodológica para el proceso de Consulta Previa con las comunidades. En esta fase la DCP resalta la importancia que las entidades, organismos, titulares de proyectos (empresas públicas o privadas responsables de los proyectos de inversión o desarrollo) deberán contar con el presupuesto necesario para financiar las acciones que se requieran para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

89. Antes de la creación de la Dirección de Consulta Previa, las certificaciones tardaban un promedio de 18 a 24 meses. En la actualidad, con esta nueva institucionalidad, tardan 45 días hábiles cuando se requiere verificación en terreno y 15 días hábiles cuando no se requiere este procedimiento.

90. Una vez solicitado el inicio de la consulta, la Dirección de Consulta Previa programa una serie de reuniones con las entidades relacionadas al proyecto. Identifica a los funcionarios de cada entidad para la consulta previa y las posiciones de éstas frente a los posibles impactos del proyecto.

91. Una vez en la fase de gestión, la consulta previa considera las siguientes etapas:

- 1. Pre-consulta:** Diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas.
 - a.** Se designa un equipo encargado de cada consulta.
 - b.** Se convoca a las partes, incluyendo a la Procuraduría General y a la Defensoría del Pueblo.





- c. Se realiza una reunión para presentar a la comunidad el marco jurídico, explicar en qué consiste la consulta, y cuáles son sus derechos y deberes.
 - d. Se abre espacio para que el ejecutor presente el proyecto y sus impactos a los representantes de las comunidades.
 - e. En presencia de las comunidades étnicas y las entidades públicas, el ejecutor del proyecto y las comunidades construirán la ruta metodológica de la consulta previa con los lugares y las fechas en que se efectuarán las reuniones.
- 2. Consulta:** Durante esta etapa se desarrolla la apertura del proceso de consulta, luego se realizan los talleres de identificación de impactos y la definición de medidas de manejo, para avanzar a la etapa de pre-acuerdos, y finalmente protocolizar los acuerdos finales. De esta forma la consulta se realiza de la siguiente manera.
- a. Se convoca a las partes (se incluye a la Procuraduría General y a la Defensoría del Pueblo).
 - b. La Dirección de Consulta Previa, junto con el ejecutor y los representantes de las comunidades étnicas, definen las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las potenciales afectaciones.
 - c. Se convoca a las partes para definir los acuerdos producto de la consulta previa, con las medidas de manejo acordadas y los plazos para ejecutarlas.
 - d. Se protocolizan los acuerdos a través de un acta de acuerdos de la consulta previa y se eligen los miembros del grupo de seguimiento.
 - e. La dirección de consulta previa se asegura de que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.
 - f. Una vez verificado el cumplimiento de los acuerdos, se convoca a una reunión de cierre de la consulta.

92. La convocatoria a las reuniones de consulta es un tema muy relevante, pues determina como se implementará el proceso. La Directiva Presidencial N° 10, establece que si los representantes indígenas no asisten a las reuniones de consulta o de pre consulta, pero entregan algún tipo de justificación, se vuelve a fijar una reunión y el proceso continúa. En caso que no exista justificación, se debe volver a convocar (3 veces en la preconsulta y 2 veces en el caso de la consulta). En caso de no recibir respuesta a estas convocatorias, se da por terminado el proceso de consulta, dando paso al test de proporcionalidad, de acuerdo a lo que señala la propia normativa: *“Luego de realizar los intentos de convocatoria y si los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, la DCP podrá dar por concluido el proceso consultivo. Para ello, la DCP convocará a una reunión con el Ministerio Público, invitará al ICANH y las entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertirán sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad que soportará su decisión final.”*¹⁷

17 Directiva Presidencial N° 10 del Ministerio del Interior – Noviembre 2013.



Costa Rica

93. Si bien Costa Rica no tiene un marco normativo específico sobre la consulta previa establecida en el Convenio núm. 169, la relación entre el Estado y los pueblos indígenas ha sido abordada por la Defensoría de los Habitantes (2004), interpretando los aspectos contenidos en las diversas leyes de Costa Rica. En este sentido, se ha señalado que: *“...el sistema jurídico nacional establece respecto de la relación entre comunidades indígenas y el Estado un sistema triangular constituido de la siguiente forma: Estado como ente garante del respeto y goce de Derechos Fundamentales y prestatario de servicios, las Asociaciones de Desarrollo Integral de los Territorios Indígenas como representantes de cada territorio y, la CONAI, como instancia operativa promotora y facilitadora de la dinámica institucional de y hacia las comunidades indígenas costarricenses, cuya naturaleza es la de un ente público menor parte del Estado”*.

94. En este contexto existen una serie de decretos ejecutivos que protegen a los pueblos indígenas promoviendo su participación. Entre ellos destacan los siguientes:

- ▼ Decreto N° 6866 - Inscribe las Reservas Indígenas en el Registro Público de 1977.
- ▼ Decreto N° 12830-G - Reforma Comisión de Emergencia Nacional - Reservas Indígenas de 1981.
- ▼ Decreto N° 13573/16569-G/20645-G - Reconoce existencia oficial de Grupos Étnicos Indígenas en Costa Rica de 1982.
- ▼ Decreto N° 13568 - Establece la Representación Legal de las Comunidades Indígenas por Asociaciones Desarrollo y como Gobierno Local de 1982.
- ▼ Decreto N° 15626 - Declara de Utilidad Pública la Asociación Indígena de Costa Rica de 1984.
- ▼ Acuerdo N° 11.1 CONAI - Reglamento de Programas de Recuperación de Tierras en Reservas Indígenas de 1994.
- ▼ Decreto N° 21.475-G - Establece los Consejos Étnicos Indígenas de 1995.
- ▼ Decreto N° 26174 - Crea la Comisión Interinstitucional de Seguimiento al Diálogo Nacional Indígena de 1997.
- ▼ Decreto N° 27800 - Reglamento para el Aprovechamiento del Recurso Forestal en las Reservas Indígenas de 1999.

Guatemala

95. En Guatemala han habido distintos esfuerzos para desarrollar normativas que regulen la consulta previa, sin embargo hasta la fecha no existe una regulación específica para la Consulta Previa a los pueblos indígenas establecida en el Convenio núm. 169 de la OIT.

96. Los principales esfuerzos normativos comienzan en septiembre del año 2007, cuando se sometió a consideración del Congreso de Guatemala el proyecto de *“Ley de Consulta a los pueblos indígenas”*. Este proyecto de ley fue elaborado y consensuado por organizaciones Mayas, con el propósito de operacionalizar la consulta previa del Convenio a través del *“...establecimiento de procedimientos y condiciones apropiadas y mediante la determinación de los efectos jurídicos de las consultas sobre las decisiones*

administrativas o legislativas que les afectan, cuyos representantes argumentan que la aprobación de la ley permitirá el libre ejercicio del derecho a participar de los pueblos indígenas y a decidir sus prioridades para el desarrollo.”¹⁸. Este proyecto de Ley, al momento de efectuarse el estudio en Guatemala, no había sido incluido en la Agenda Legislativa.

97. Posteriormente, en el 2011, el poder Ejecutivo elaboró el *“Borrador del reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”*. El Reglamento establecía una Comisión a cargo de su aplicación general, conformada por el: Ministerio de Trabajo, la Secretaría de Asuntos Específicos de la Presidencia, la Comisión Presidencial de Derechos Humanos, la Comisión de Pueblos Indígenas de la Presidencia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, y el Sistema Nacional de Diálogo Permanente. Además, en su artículo 4, mencionaba los principios del procedimiento bajo ciertas características.

98. Este reglamento fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad en noviembre del 2011, en el marco de un recurso de amparo interpuesto por representantes de los pueblos indígenas, los cuales argumentaron que no habían sido previamente consultados sobre el contenido del reglamento, alegando una violación al debido proceso.

99. En el período presidencial 2012-2015, se hizo en Guatemala un nuevo esfuerzo, ahora por medio de un protocolo para regular la Consulta Previa. Este protocolo se denomina *“Protocolo de principios para la realización de la consulta previa, informada y sincera con los Pueblos Indígenas de acuerdo al Convenio núm. 169 de la OIT”*.

100. Para elaborar el protocolo se creó una Comisión conformada por los Ministerios del Trabajo, de Cultura, de Energía y Minas, de Economía y de Ambiente, así como de la Comisión Presidencial para el Diálogo (CPD), el Fondo para el Desarrollo Indígena de Guatemala (Fodigua) y la Comisión Presidencial de Derechos Humanos (COPREDEH). Existe además una Mesa de Alto Nivel como órgano colegiado del proceso, conformado por los Ministerios de Trabajo y de Ambiente, junto al Sistema Nacional de Diálogo.

101. Este esfuerzo sigue ahora una estrategia gradual de generación de consensos, con diálogos y acuerdos que abarcan actores claves, ámbitos geográficos y etapas. Se espera que esto permita alcanzar un acuerdo a nivel nacional por parte de las representaciones indígenas y del sector privado, incluyendo actores del Poder Ejecutivo.

102. Adicionalmente la Ley de Minería, la Ley General de Electricidad y el Código Municipal, constituyen hoy los principales cuerpos normativos directamente relacionados con el Convenio núm. 169 y la Consulta Previa, pues regulan lo referente a los proyectos extractivos e hidroeléctricos. El Código Municipal, por su parte, es protagonista en virtud de las Consultas Vecinales (CV) ahí reguladas, que han sido planteadas por algunos sectores como equivalentes ante la ausencia de regulación de la Consulta Previa.

103. Sobre las consultas vecinales (CV), su legislación reside en dos leyes: el Código Municipal (Decreto N° 12-2002) que en sus artículos 63, 64, 65 y 66, regula la consulta a vecinos (CV), y la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto N° 11-2002) que establece la creación de una ley que regula la consulta a los pueblos indígenas y estipula, como medida transitoria, que la consulta se debe realizar a través de los representantes indígenas en los consejos de desarrollo, en lo que se refiere a proyectos de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo, y que les afecten.

¹⁸ Informe Consulta Previa Guatemala 2014 – Randall Arias - FUNPADEM.



104. El artículo 63 del Código Municipal establece que: *“Consulta a los vecinos: Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal, con el voto de las (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los artículos siguientes”*

105. En cuanto a las modalidades de la consulta vecinal, el artículo 66 del Código Municipal dispone que: *“Las modalidades de la consulta a que se refieren los artículos 64 y 65 de este Código, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente: 1. Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2. Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.”*

106. Esta regla de vinculancia establecida en el artículo 66, se contradice con otra regla contenida en el artículo 64, que establece la regla de vinculancia solo si *“... participa en la consulta el veinte (20) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.”*

107. No obstante esta contradicción, la Corte de Constitucionalidad ha señalado reiteradamente que, al margen de la validez de la votación por el porcentaje de participación con respecto al padrón, estas consultas no pueden ser vinculantes bajo ningún supuesto si versan sobre materias en las cuales los Municipios, de acuerdo al Código Municipal, no tienen competencia, como ha sucedido en casos de minería y de proyectos hidroeléctricos.

108. A pesar de ello, estas consultas vecinales o consultas comunitarias han continuado como expresión de oposición a los proyectos hidroeléctricos y extractivos, como formas institucionales de protesta. Esto también se acrecienta por la falta de regulación de la consulta previa.

109. Sin perjuicio de lo anterior, destaca que en su sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada en el expediente núm. 3878-2007, la Corte de Constitucionalidad se pronunció sobre la eficacia del derecho de consulta establecido en el Convenio núm. 169 y recordó que el Sistema de Consejos de Desarrollo (decreto núm. 11-2002 que regula de manera provisoria la consulta) ofrece un andamiaje en el que se persigue «asegurar la presencia de representantes comunitarios en general y, específicamente de, representantes de los pueblos indígenas de las distintas regiones del país; unos y otros elegidos según sus propios principios, valores, usos y costumbres».

110. A su vez, la Corte de Constitucionalidad, en una sentencia dictada en el expediente núm. 4419-2011, de fecha 5 de febrero de 2011, se pronunció, entre otros asuntos, sobre la ausencia de consulta en el procedimiento de autorización de operaciones de la industria hidroeléctrica.

Chile

111. Con el objetivo de facilitar la implementación del Convenio núm. 169 en Chile, se han desarrollado normativas nacionales que buscan entregar mayor claridad al respecto. Así lo reconoce en sus disposiciones el Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que actualmente regula la consulta indígena *“aquellos conceptos que el Convenio núm. 169 de la OIT utiliza de forma genérica y que requieren*

ser precisados de acuerdo a la realidad jurídica nacional para darles una correcta aplicación, y en particular, establecer la oportunidad en que debe hacerse la consulta y el procedimiento que deberá seguirse cuando se adopte una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.”¹⁹.

112. El primer esfuerzo normativo para regular la consulta del Convenio núm. 169 en Chile, fue el Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación, que se dictó en septiembre de 2009, justo al momento de entrar en vigencia el Convenio en Chile.

113. Desde su dictación, este decreto fue objeto de críticas tanto de líderes indígenas, como de la sociedad civil, argumentándose que no cumplía con los estándares internacionales y que no había sido consultado. Además, consideraba la consulta solo como el derecho de oír y considerar la opinión de las organizaciones indígenas, y no lo que estipula el Convenio.

114. Para subsanar esta situación, el año 2011, se inició un proceso de consulta indígena que tras 3 años de desarrollo culminó con la dictación de dos regulaciones que reemplazaron al referido Decreto N° 124.

115. De esta forma, tras este proceso de consulta, la implementación de la obligación de consulta en Chile, está regulada por dos normativas, que de forma complementaria entre sí, instruyen cómo debe aplicarse la consulta a los pueblos indígenas de acuerdo a las disposiciones del Convenio núm. 169 de la OIT. Estas normativas son:

▼ Carácter general: DS N° 66 de 2013, Ministerio de Desarrollo Social (MDS).

▼ Carácter específico: DS N° 40 de 2012, Ministerio de Medio Ambiente (MMA).

116. En particular, el DS N° 66, identifica las medidas administrativas que deben ser consultadas de la siguiente manera: *“(...) Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción (...)”²⁰.*

117. A su vez establece que las medidas administrativas anteriormente identificadas deben consultarse cuando: *“(...) sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”²¹.*

118. Sin perjuicio de lo anterior, el DS N° 66 considera un tratamiento especial para las medidas que califican ambientalmente proyectos de inversión, las que también deberán someterse a un proceso de consulta. Este tipo de medidas son abordadas de la siguiente manera: *“Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa*

¹⁹ Decreto Supremo N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en línea en: <http://bcn.cl/1lztI>

²⁰ Artículo 7 Decreto Supremo N° 66, Ministerio de Desarrollo Social.

²¹ Artículo 7 Decreto Supremo N° 66, Ministerio de Desarrollo Social.



establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta. (...)”²².

119. De esta forma, el DS N° 66 establece que las razones por las que un proyecto deberá someterse a un proceso de consulta indígena cuando sea evaluado ambientalmente están especificadas en la regulación ambiental, contenida en este caso en el DS N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente que en su artículo 85 establece que la afectación directa a los pueblos indígenas se da principalmente respecto de los siguientes impactos:

- ▼ reasentamiento de grupos humanos indígenas;
- ▼ alteración significativa sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas;
- ▼ Cuando una actividad se localice en o próxima a poblaciones protegidas y también cuando alteren monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural indígena.

120. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la afectación directa a los pueblos indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), está estipulada principalmente en los artículos 7, 8 y 10 (causales antes señaladas), existen características especiales que también obligan al desarrollo de una consulta previa cuando el proyecto presenta riesgo para la salud de la población indígena²³; cuando genera efecto adverso significativo sobre recursos naturales renovables de los pueblos indígenas²⁴; o cuando afecta el valor paisajístico o turístico especialmente en lo que se refiere a su variable indígena²⁵. De esta forma, cuando se está frente a estos impactos, se concluye que estos afectan los sistemas de vida de los pueblos indígenas o su patrimonio.

121. Para determinar si una medida debe ser consultada, las normativas vigentes establecen un procedimiento administrativo a través del cual los organismos públicos y las personas interesadas, podrán consultar sobre la pertinencia de desarrollar un proceso de consulta a los pueblos indígenas. Los organismos públicos deberán considerar al Ministerio de Desarrollo Social como el órgano público competente para verificar la procedencia o no de una consulta, mientras que las personas interesadas en el desarrollo de una consulta, o quienes se sientan afectados, deberán consultar al organismo público del cual depende la dictación de la medida sobre la cual existen dudas²⁶.

122. En particular, para el caso de un proyecto de inversión que es evaluado ambientalmente, los titulares de proyecto que tengan dudas respecto de si su proyecto genera o no impactos o efectos significativos sobre los pueblos indígenas, el DS N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, establece en su artículo 27, la posibilidad de que estos titulares consulten al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), sobre si su proyecto o actividad genera impactos que deben ser considerados como significativos y por tanto el proyecto deberá ser objeto de consulta. Cuando un titular solicita este tipo de pronunciamientos, el organismo público, en este caso el Servicio de Evaluación Ambiental, debe desarrollar reuniones con los grupos humanos indígenas que se encuentren en el área donde se desarrollará el proyecto, para considerar sus opiniones en su pronunciamiento.

²² Artículo 8 Decreto Supremo N° 66, Ministerio de Desarrollo Social.

²³ Artículo 5 DS N° 40 Ministerio de Medio Ambiente.

²⁴ Artículo 6 DS N° 40 Ministerio de Medio Ambiente.

²⁵ Artículo 9 DS N° 40 Ministerio de Medio Ambiente.

²⁶ “Procedencia de Consulta” establecida en el artículo 13 del DS N° 66.

123. Adicionalmente, estas normativas definen la forma en que debe desarrollarse una consulta, estableciendo que: *“Se dará inicio al proceso mediante la convocatoria a la primera reunión de planificación del proceso de consulta que realice el órgano responsable a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente, según el alcance, nacional, regional y local, de la afectación que produzca la medida.”*²⁷

124. La convocatoria también deberá considerar, entre otros requisitos, los siguientes: *“Las instituciones representativas de los pueblos indígenas serán convocadas (...) mediante dos publicaciones en un diario que tenga circulación en la región donde residan los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente. La reunión tendrá lugar a lo menos 15 días después de la última publicación, debiendo mediar un plazo no inferior a 5 días ni superior a 10 días entre la primera y segunda publicación. (...) A las comunidades y asociaciones registradas conforme a la ley N° 19.253, se les convocará mediante carta certificada enviada al domicilio señalado en el registro correspondiente de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.*

*La convocatoria deberá hacerse en español y en un idioma que pueda ser comprendido por los pueblos indígenas afectados directamente, cuando sea necesario. (...) La convocatoria deberá señalar el órgano responsable, el motivo de la consulta y el día, hora y lugar de inicio de la etapa de planificación, así como también, un teléfono y un correo electrónico al que se puedan hacer preguntas sobre el proceso.”*²⁸.

125. Una vez realizada la convocatoria, las etapas básicas que debe contemplar un proceso de consulta indígena, son cinco y están definidas en el artículo 16 del DS N° 66.

- 1. Planificación del proceso de consulta.** El objetivo de esta etapa es entregar la información preliminar sobre la medida a consultar a los pueblos indígenas, determinar quiénes participarán, sus roles y funciones; y definir, de manera conjunta, la metodología a usar. Esta etapa comprenderá al menos 3 reuniones que permitan el consenso respecto de los procedimientos y mecanismos a implementar.
- 2. Entrega de Información y difusión del proceso de consulta.** El objetivo de esta etapa es entregar todos los antecedentes sobre la medida a ser consultada, de manera oportuna y mediante métodos adecuados a las circunstancias.
- 3. Deliberación Interna de los pueblos indígenas.** El fin de esta etapa es que los pueblos indígenas logren, de manera interna, analizar, estudiar y determinar sus posiciones respecto de la medida en cuestión. Es una etapa preparatoria a la etapa de diálogo.
- 4. Diálogo.** Tiene como objetivo generar acuerdos, mediante un proceso de intercambio de opiniones y argumentos basados en el respeto y el diálogo genuino. Se deben procurar todas las instancias de diálogo posibles durante los plazos establecidos en el Reglamento, de manera que se agoten las posibilidades de llegar a acuerdo. Todos los acuerdos (y desacuerdos) deberán ser registrados en el acta del proceso, de manera que den cuenta de las dificultades y avances logrados.
- 5. Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de consulta.** Su objetivo es lograr sistematizar lo que fue el proceso de consulta, desde la evaluación de procedencia, los acuerdos alcanzados, los desacuerdos, entre otros.

²⁷ Decreto Supremo N° 66 Ministerio de Desarrollo Social.

²⁸ “Inicio del Proceso” establecido en el artículo 15 del DS N° 66.

126. Respecto de los plazos, según lo establecido en el DS N° 66, para la consulta de medidas administrativas, cada etapa deberá realizarse en un periodo no superior a 20 días hábiles, pero establece la flexibilidad de ampliar o reducir los plazos de acuerdo a la realidad de cada proceso de consulta.

127. En caso que durante un proceso de consulta, no se logren alcanzar acuerdos, la normativa nacional establece que *“El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en el reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo.”*

128. Asimismo, el DS N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente indica que en el caso que un proyecto que este siendo evaluado ambientalmente signifique la reubicación de asentamientos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, este reasentamiento se podrá llevar a cabo previo consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa. Sin embargo, señala además, que cuando no se logre el consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 16 del Convenio núm. 169.

129. Sobre el responsable de realizar la consulta previa, si bien es el Estado, este actúa a través del órgano que prevea la adopción de la medida (administrativa o legislativa) susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. El DS N° 66 señala que el responsable de los procesos de consulta es el *“El órgano de la administración del Estado que deba adoptar la medida objeto de consulta, (quien) será el responsable de coordinar y ejecutar el proceso de consulta.”* Entonces el organismo público responsable de dictar la medida es quien debe financiar la realización de un proceso de consulta, considerando para ello, el presupuesto que le permita desarrollarlo cumpliendo los requerimientos, procedimientos y etapas que establece la regulación vigente en materia de consulta.

130. De todas formas, en Chile existe una unidad denominada *“Unidad de Asuntos Indígenas”* dependiente de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, que es el organismo dentro del Gobierno que tiene como principal misión velar por la implementación del Convenio núm. 169 en Chile. Esta Unidad, cumple las funciones de ser la oficina especialista en temas de Convenio núm. 169, que asesora a los diversos organismos públicos en la implementación de los procesos de consulta, como a su vez en la determinación sobre la procedencia de dichos procesos.

131. En relación a la participación de los titulares de proyectos, las normativas vigentes establecen que ellos deberán detallar y entregar todos los antecedentes en relación a los pueblos indígenas y posibles impactos. A su vez, el titular del proyecto deberá participar en todas las etapas y reuniones para las cuales sea requerido por la autoridad.

132. Adicionalmente en Chile existen otras normativas complementarias que abordan la protección y promoción de los pueblos indígenas. La primera de ellas es la ley N° 19.253²⁹ de 1993 o Ley Indígena, que inspira sus disposiciones en el Convenio núm. 169 y lo enuncia como principal modelo para su dictación³⁰.

²⁹ Disponible en línea en: <http://bcn.cl/1lzcg>

³⁰ Revisar historia de la ley, disponible en línea en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3850/1/HL19253.pdf>





133. Las principales materias que son tratadas en la Ley Indígena respecto de las disposiciones del Convenio, abordan la calidad indígena reconociendo e identificando la existencia de personas indígenas en Chile, incorporando como una característica esencial la autoidentificación³¹, reconociendo que la conciencia de la identidad indígena constituye un criterio fundamental para determinar a quienes se consideran como indígenas. Por su parte también aborda el desarrollo y la cultura indígena a través de mecanismos para reconocerla y promoverla. Respecto de la educación de los pueblos indígenas, esta ley crea el programa de Becas Indígenas para facilitar que los pueblos indígenas puedan acceder a la educación formal, e impulsa programas para promover y preservar las lenguas indígenas en las escuelas con alta presencia de niños y jóvenes pertenecientes a los pueblos indígenas.

134. También trata el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, lo cual es profundizado posteriormente, con un foco especial para el caso de los pueblos costeros, a través de la Ley N° 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios³².

135. La Ley Indígena también aborda el tema de tierras, reconociendo que las tierras constituyen el fundamento de su cultura y su existencia. Establece como deber de la sociedad y del Estado su protección y crea el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, a través del cual el Estado financia mecanismos para solucionar problemas de tierras.

³¹ Ver artículo 1, N° 2 Convenio N° 169 Y artículo 2° letra c) de la ley N° 19.253.

³² En febrero de 2008 se dicta la ley N° 20.249 , que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, también conocida como Ley Lafquenche, la cual a través de una nueva categoría jurídica, incorpora el uso consuetudinario del borde costero por parte de los pueblos indígenas, accediendo al uso exclusivo de un espacio delimitado cuya administración es entregada a la o las comunidades y asociaciones indígenas beneficiarias, en consideración entre otros, al artículo 15 N° 1 del Convenio núm. 169, sobre participación en la utilización, administración y conservación de recursos existentes en sus tierras.



3 | IMPLEMENTACIÓN DE PROCESOS DE CONSULTA



31 IMPLEMENTACIÓN DE PROCESOS DE CONSULTA

Colombia

136. Este reporte da cuenta de la cantidad de procesos de consulta protocolizados desde el año 2003 a la fecha, los que a diciembre de 2014 sumaban 4.496 protocolizaciones³³. La protocolización corresponde a la etapa donde se oficializan los acuerdos.

Cuadro 1: Protocolizaciones en procesos de consulta previa – Colombia

Sector	Comunidades étnicas protocolizadas												
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Medidas Administrativas	0	0	55	18	145	37	80	19	440	835	77	92	1798
Hidrocarburos	0	1	1	35	18	14	11	18	149	520	228	508	1503
Infraestructura	0	0	0	4	7	5	62	18	72	57	169	167	561
Energético	0	0	0	10	1	4	2	8	40	16	16	101	198
Investigación	0	0	0	9	4	1	7	7	7	0	51	0	86
Minero	1	0	0	0	4	0	2	0	9	9	16	264	305
Ambiental	0	0	0	0	0	0	0	0	7	3	23	12	45
Total	1	1	56	76	179	61	164	70	724	1440	580	1144	4496

137. De acuerdo a la información oficial entregada por la Dirección de Consulta Previa, destaca que del total de procesos protocolizados, solo 17 han finalizado sin acuerdo en la consulta previa. De esta forma, del total de 4.496 protocolizaciones, los procesos protocolizados sin acuerdo equivalen solo a un 0,37% de los procesos protocolizados, estableciendo un factor de efectividad del 99,62%.

138. En las situaciones en que es necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado según la jurisprudencia constitucional³⁴, pero éste no haya sido manifestado por los representantes de la comunidad, no se protocoliza ningún documento. Esto consta en el Acta de Consulta Previa, y se convoca a una reunión inmediata para discutir el caso.

139. Si no es un caso donde el consentimiento es un requisito, según lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, y fue posible formular acuerdos con los representantes de las comunidades, estos se protocolizarán.

140. En caso que el proyecto requiera licencia ambiental, una vez protocolizados los acuerdos, la DCP informará a la autoridad ambiental competente. Esto debe realizarse, sin perjuicio de que se haya avanzado simultáneamente en la obtención de los requisitos de la licencia ambiental y la consulta, en la medida de lo posible.

141. De acuerdo a cifras recién publicadas por la Dirección de Consulta Previa de Colombia, el promedio de tiempo de protocolización de una consulta desde la certificación, entre los años 2010 y 2013 era de 36 meses. En relación al tiempo

33 No hay registros específicos sobre la cantidad de procesos de consulta desarrollados antes del año 2003.

34 Los casos en que es necesario obtener el consentimiento previo, libre e informado, según la jurisprudencia constitucional colombiana, son: a) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, b) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, y c) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma.

que demoran las consultas previas en Colombia, de acuerdo al informe elaborado por el ICP, se establece que la Consulta Previa en Colombia, desde el momento de la certificación, tarda un promedio de 24 meses. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo a información suministrada por el ICP en febrero de 2015, correspondiente a informes entregados por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el promedio de duración de las consultas durante el año 2014, se redujo a 8 meses, considerando que la consulta más larga que finalizó el 2014 duró 14 meses y la más corta se extendió por tres meses.

142. Respecto del costo promedio de los procesos de consulta en Colombia, de acuerdo a los antecedentes publicados recopilados en el estudio realizado por el ICP, el promedio a la fecha es de aproximadamente en US\$ 699.450 mensuales por cada mes que se extienda la consulta³⁵, considerando costos implícitos como la logística, las consultorías necesarias para desarrollar la consulta y los recursos humanos que los ejecutivos de las empresas tienen que dedicarle a estos procesos, y además incorporando en este valor los costos de oportunidad que las empresas han declarado tener por tener inmovilizados el capital por estos periodos de tiempo.

143. Los costos de la implementación de la consulta previa en Colombia también incorporan la intervención de agentes externos que de acuerdo a lo informado por el propio ICP, *“cooptan el proceso con fines lucrativos”*. Estas intervenciones resultan en contratos con terceros que demandan en promedio US\$ 176.000, para asesoría a comunidades indígenas.

Costa Rica

144. En Costa Rica solamente existe un caso referente a la consulta previa establecida en el Convenio núm. 169 en relación a proyectos de inversión. Este caso es de un Proyecto Hidroeléctrico denominado Proyecto Hidroeléctrico Diquís (PH Diquís). Adicionalmente existe otro proyecto con demandas incipientes al respecto (Proyecto Ayíl), pero apenas se encuentra en estudios preliminares e incluso el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE-CR) lo habría descartado de acuerdo a las últimas programaciones de expansión eléctrica hasta el año 2035, por lo cual no se incluye en este análisis. Por su parte el proyecto PH Diquís ha sido declarado de interés público y conveniencia nacional según diversos decretos ejecutivos³⁶.

145. El PH Diquís surge originalmente como Proyecto Boruca en los años sesenta, pero por diversos motivos se reduce en tamaño hasta ser hoy el PH Diquís. El proyecto Boruca, posteriormente Veraguas y finalmente el actual El Diquís, se ubica entre los cantones de Buenos Aires y Osa en la Provincia de Puntarenas, y Pérez Zeledón (San José), en la Zona Sur del país (la cual es una de las regiones más pobres de Costa Rica).

146. El ICE-CR sustituyó el Proyecto Boruca por un proyecto más pequeño con impactos sociales y ambientales mucho menores. Este proyecto hidroeléctrico se desarrollaría en los ríos de la zona sur, que ostentan una gran riqueza hídrica aún inexplorada por el sector eléctrico. Este proyecto se ha considerado vital para la expansión eléctrica de Costa Rica. Actualmente, el diseño del PH Diquís, requeriría

³⁵ Es importante indicar que el estudio del ICP indica que la información con la que se contó para el estudio no fue completa y por lo tanto, se requirió el análisis de documentos específicos que las propias empresas revelaron, así como estimaciones dentro de valores de mercado.

³⁶ Decretos ejecutivos N° 26728-MP-MINAE de febrero de 1998, 33619-MP-MINAE de febrero de 2007 y 34312-MP-MINAE de febrero del 2008.





trasladar a 1.100 personas, que corresponde a menos de la mitad de lo que consideraba el proyecto Boruca.

147. El PH Diquís considera una potencia instalada de 631 MW e inundará 6.800 hectáreas, de las cuales el 12% son indígenas. La laguna del proyecto inundará diversos territorios y obligará a reconstruir 3,6 km de la carretera panamericana. Adicionalmente retendrá parte del río Grande de Térraba afectando el humedal de Térraba-Sierpe.

148. Siendo El Cajón, en Honduras, la hidroeléctrica más grande del Istmo (300 MW), y PH Angostura (Cantón de Turrialba) la más grande de Costa Rica, con 177 MW, PH Diquís sería entonces la más grande al tener una potencia de planta de 631 MW creando un embalse de 55 kilómetros cuadrados con el río General.

149. El año 2008 se anunciaba el inicio de la construcción de la obra para el año 2009. La potencia de la planta se estimaba que equivaldría a la tercera parte del parque eléctrico del país (2.000 MW), lo que alcanzaría para abastecer a un millón de familias. La obra tenía un costo estimado de US\$1.850 millones, lo que la transformaba en la obra pública más cara en la historia de Costa Rica. Ya en el año 2008, el ICE-CR tenía 338 trabajadores en el sitio para desarrollar el proyecto.

150. En relación a la consulta previa, el proyecto genera afectación sobre dos poblaciones indígenas por concepto de inundaciones. Dada esta evidente afectación, la consulta indígena es una obligación para el proyecto.

151. Si bien los estudios del proyecto PH Diquís comenzaron a desarrollarse hace aproximadamente 10 años, el año 2005, el ICE-CR debió suspenderlos por un período de dos años, ya que se requirió realizar un proceso de diálogo con las organizaciones indígenas de Térraba. Recién el año 2007 retomó los estudios.

152. Durante estas fases de estudio, el proyecto fue judicializado por la falta de consulta previa, por lo que el ICE-CR comenzó un proceso de diálogo con los distintos grupos organizados de las comunidades. En este contexto, entre el 2010 y el 2014 surge una creciente oposición y conflictividad con respecto al PH Diquís, lo que significó la visita al país del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, James Anaya los años 2011 y 2012, con el propósito específico de conocer en detalle la situación.

153. En este escenario se consideró la posibilidad de que expertos independientes u organismos internacionales pudiesen facilitar el proceso de Consulta Previa, lo que finalmente no se concretó por la falta de recursos que permitieran desarrollar el proceso.

154. En el 2011, se creó la Comisión de Coordinación Interinstitucional del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (Comisión Diquís), cuyo mandato, era “(...) *colaborar y coordinar el desarrollo de la zona Sur en el marco del Proyecto Hidroeléctrico El Diquís.*”

155. En este contexto, se designa al segundo Vicepresidente de la Republica, para que lidere el proceso de diálogo y se conforman dos Comisiones, una para analizar la Agenda general de desarrollo de la Zona Sur del país, y otra más técnica referente al diálogo con los pueblos indígenas.

156. En mayo de 2012, los representantes indígenas solicitaron que la agenda versará sobre cuatro temas: tierra, educación y derechos, siendo el último el PH Diquís y supeditaron el diálogo sobre la Consulta Previa o como ellos denominaban “*la consulta de la preconsulta*” del proyecto PH Diquís, a que primero se resolviera la agenda de desarrollo que incluía temas de educación, infraestructura y desarrollo general de la zona.



El Gobierno estuvo de acuerdo con este enfoque, y solicitó al ICE-CR paralizar todas las obras hasta que se resolviera lo anterior.

157. En este contexto, desde enero de 2013 la Defensoría de los Habitantes ha participado como observador del proceso de diálogo entre el Gobierno y los líderes y lideresas indígenas. De acuerdo a los antecedentes publicados por la propia Defensoría, hasta inicios del 2014 se habían realizado quince reuniones mensuales de forma ininterrumpida, dando seguimiento a la agenda temática acordada.

158. A su vez, como la consulta del Proyecto PH Diquís es el último punto de la agenda de diálogo, y aún hay pocos avances, se dispuso crear una nueva Comisión para analizar el tema de la consulta del proyecto. Esta Comisión aún no ha entregado un resultado.

159. En este proceso, el Sistema de Naciones Unidas ha participado, a través de la disposición de expertos internacionales que han promovido la elaboración de un Protocolo Genérico de Consulta, que tendría como propósito estandarizar la intervención de las entidades públicas en un proceso de consulta previa en Costa Rica.

160. A la fecha de este reporte, desde la llegada del actual Gobierno en mayo de 2014, no han habido pronunciamientos oficiales acerca de la consulta previa en general, como tampoco respecto al PH Diquís en particular, y tampoco ha habido avances en las mesas de diálogo.

161. Es por esta razón que el ICE-CR en su nuevo Plan de Expansión de Generación Eléctrica (PEGE) de abril del 2014, para el período 2014-2035, puso en el debate público la urgencia de retomar el PH Diquís como factor determinante de la sostenibilidad de la oferta energética del país a partir del 2025. Esto, como una estrategia para poner presión, ante la indeterminación política actual (al menos pública) sobre el tema la consulta previa.

162. En cuanto a la duración de las consultas previas, no es factible entregar una cifra en el caso de Costa Rica, pues no ha habido hasta la fecha ningún proyecto sometido a este proceso.

163. Respecto del costo de una consulta, tampoco existe un registro, pero de acuerdo al propio informe elaborado en Costa Rica, en el año 2012 se estimaba que el costo de la consulta del proyecto PH Diquís rondaría entre los US\$100.000 y los US\$150.000.

164. De acuerdo al estudio realizado para Costa Rica, esta situación que ha afectado al proyecto PH Diquís, ha tenido directo impacto en el precio de la energía en ese país. La potencia proyectada para el PH Diquís, de 631 MW, se estimaba que equivaldría a la tercera parte del parque eléctrico del país (2.000 MW) al año 2008, lo que alcanzaría para abastecer a un millón de familias. El retraso que ha tenido la implementación de este proyecto, especialmente por la discusión referida a la Consulta Previa ha sido una de las causas importantes en el aumento del precio de la electricidad en Costa Rica a casi el doble entre el año 2005 y el 2014.

165. De acuerdo al informe desarrollado para Costa Rica por FUNPADEM, *“el principal potencial identificado corresponde, por mucho al hidroeléctrico, siendo que apenas hay un cuarto de esa capacidad potencial instalada. Mientras que la energía solar, si bien apenas se ha instalado el 1% de su potencial, solamente tiene un potencial identificado de 126 MW, siendo su aporte potencial a las necesidades futuras muy modesto. Algo similar sucede con la biomasa en cuanto a aporte potencial, aunque ya hay casi un tercio instalado. El eólico, por su parte, apenas tiene instalado un 16%, y puede aportar una cantidad importante de MW como potencial identificado. Algo similar sucede con la energía geotérmica.”*



166. A su vez, el estudio para Costa Rica reconoce que *“el ICE-CR reitera que la base de la matriz energética deberían ser los proyectos hidroeléctricos, como históricamente ha sido en Costa Rica.”*. El impacto de la consulta previa en estos proyectos es muy relevante, más allá del proyecto PH Diquís, pues la gran mayoría del potencial hidroeléctrico identificado para Costa Rica se encuentra en reservas indígenas, por lo que en el estudio de Costa Rica se concluye que *“es evidente que la suerte del PH Diquís será la suerte de los restantes proyectos, ya no sólo el Ayíl, sino los que estuvieran por venir. De esta forma, el futuro del desarrollo hidroeléctrico del país depende directamente del futuro de la consulta previa en general, y específicamente de Diquís como caso emblemático por su magnitud.”*.

167. En este escenario el ICE-CR concluye que Costa Rica *“tiene solamente dos opciones: la entrada en operación del PH Diquís o la introducción del gas natural licuado (GNL). La tercera opción sería no hacer ninguno de estos proyectos e identificar una mejor alternativa.*

Sin embargo, la opción del GNL no se considera económicamente óptima, debido a todos los escollos que habrían que superarse por cuanto requiere un cambio de política energética y ambiental, esto al ser un combustible fósil importado, implicando, entre otras cosas, contar con un gaseoducto que hoy no se tiene, con los costos económicos y ambientales asociados. Esto, en Costa Rica, es un escenario de probabilidades muy reservadas, dada la beligerancia que existe con respecto al tema de protección ambiental. Además, por los costos de desarrollo de la tecnología necesaria para producir en la escala necesaria.”

168. En relación a proyectos mineros, Costa Rica no tiene reconocimiento constitucional para la realización de este tipo de proyectos y los dos últimos Gobiernos han decretado una moratoria al respecto. Incluso en mayo del 2010 la anterior administración (2010-2014), amplió el alcance de un decreto anterior, mediante Decreto Ejecutivo 36019 por medio del cual: *“Se declara la moratoria nacional por plazo indefinido para la actividad de minería metálica de oro en el territorio nacional. Entendida ésta como la exploración, explotación, y el beneficio de los materiales extraídos utilizando cianuro o mercurio.”* Debido a lo anterior, tampoco existe experiencia de consulta previa en proyectos mineros.

Guatemala

169. Guatemala no tiene hasta la fecha una experiencia específica de consulta previa en el marco del Convenio núm. 169 para proyectos de inversión. Sin perjuicio de lo anterior, la ciudadanía y particularmente los pueblos indígenas han utilizado la consulta vecinal como mecanismo institucional para dar su posición frente a proyectos de inversión que se desarrollan en sus territorios.

170. En este contexto como se explicó en los capítulos anteriores, la Corte de Constitucionalidad, ha sido consistente en su línea jurisprudencial al indicar que los resultados de estas CVs no son vinculantes en cuanto consultan sobre temas respecto de los que los Municipios no tienen competencia.

171. En referencia a los proyectos de inversión y su relación con la consulta previa, el Estudio desarrollado para el caso de Guatemala destaca que: *“En Guatemala se identificaron un total de 33 proyectos hidroeléctricos, en sus diferentes etapas, desde el año 1996 en que se ratifica el C.169 y se aprueba la Ley General de Energía, y hasta el 2013, fecha en que hay datos disponibles en los registros disponibles de los Ministerios competentes.”*. Considerando la totalidad de proyecto identificado, el

estudio realizado por FUNPADEM señala que en 12 de estos 33 proyectos se identifica conflictividad relacionada con la demanda de consulta previa³⁷.

Cuadro 2: Proyectos Hidroeléctricos con conflictividad relacionada a la demanda por consulta previa

Cant	Proyectos Hidroeléctricos	Departamento	Potencia en MW	Demanda Directa Consulta Previa	Recursos de amparo ante la Corte de Constitucionalidad
1	Hidroeléctrica Tres Ríos	San Marcos	49		
2	Hidroeléctrica Entre Ríos	Alta Verapaz	8		Sí
3	Hidroeléctrica Las Tres Niñas (El Orégano)	Chiquimula	120		
4	Hidroeléctrica Cueva María	Quetzaltenango	2		
5	Hidroeléctrica Río Hondo	Zacapa	32	Sí	
6	Hidroeléctrica Cambalán	Huehuetenango	5	Sí	
7	Hidro-IXIL (La Vega I)	Quiché	38		Sí
8	Hidroeléctrica El Brote	Suchitepequez	5		
9	Hidroeléctrica Santa Rita	Alta Verapaz	19		
10	Hidroeléctrica San Luis	Huehuetenango	12	Sí	
11	Hidroeléctrica Pojom II	Huehuetenango	23	Sí	
12	Hidroeléctrica El Sisimite	Guatemala	40		
		Total	353		

172. Del cuadro anterior se verifica que de los 12 proyectos para los cuales se identifica conflictividad relacionada con la demanda de consulta previa (directa o indirectamente), 4 de ellos tienen una demanda directa específica por la necesidad de realizar una consulta previa y en otros 2, esta demanda por consulta previa se refuerza pues se presentaron demandas de amparo ante la Corte de Constitucionalidad por requerimientos de realizar una consulta previa en esos casos.

173. Tenemos entonces, que en un 36% del total de los Proyectos Hidroeléctricos identificados (12 de 33) se identificó conflictividad relacionada. De estos, la AGER, indica que se estima un costo promedio por conflictividad y demoras por proyecto de US\$883 mil dólares.

174. Por otra parte, en materia de Minería del total de 367 licencias mineras otorgadas durante el período estudiado (desde la ratificación del Convenio núm. 169 a julio 2014), el estudio realizado en Guatemala identificó 60 CVs relacionadas con la consulta previa realizadas para proyectos extractivos. El estudio a su vez arroja que, al igual que en las CVs sobre proyectos hidroeléctricos, todas tuvieron un resultado de oposición a los proyectos.

175. En el siguiente cuadro se observa que la mayor cantidad de las CVs se dieron en Huehuetenango (26), seguido de San Marcos (14), y Quetzaltenango (6), mientras que los restantes 7 Departamentos realizaron entre 1 y 4 CVs.

³⁷ Si bien la consulta vecina puede tener otras causas, en 12 casos específicos el Estudio de Guatemala identifica CVs para proyectos hidroeléctricos relacionados a la demanda de consulta previa. Recordemos que en Guatemala, hasta la fecha no se verifica la ejecución de una consulta previa en el marco del Convenio núm. 169.

Cuadro 3: CVs relacionadas con la consulta previa para proyectos Extractivos

Departamento	Cantidad de Consultas	Resultados Sí/No
Guatemala	3	No
Huehuetenango	26	No
San Marcos	14	No
Quiché	2	No
Retalhuleu	1	No
Totonicapán	2	No
Izabal	1	No
Quetzaltenango	6	No
Santa Rosa	4	No
Jalapa	1	No
Total	60	

176. En cuanto a los plazos de estas consultas vecinales, tanto para los proyectos hidroeléctricos como para los proyectos extractivos, cabe indicar que de acuerdo a la información recopilada, estas consultas no consideran procesos de diálogo entre los distintos intervinientes. En general estas se desarrollan como votaciones o plebiscitos que recogen la opinión favorable o desfavorable de un grupo específico respecto de un proyecto, o en muchos casos respecto del desarrollo de una determinada actividad en general (minería o proyectos hidroeléctricos) en un departamento o zona. De esta forma, no existen espacios de información, dialogo y revisión, por lo que este tipo de consultas vecinales, distan de lo establecido en el Convenio núm. 169.

Chile

177. En el caso de Chile, la evaluación sobre la implementación de los procesos de consulta recopiló información sobre los proyectos de inversión considerando proyectos mineros, energéticos, industriales, forestales, pesqueros o acuícolas, de infraestructura pública, como también respecto del desarrollo de proyectos de investigación y planificación territorial. Las cifras de Chile fueron actualizadas al 31 de enero de 2015.

178. El primer registro que existe en la jurisprudencia Chilena sobre la obligatoriedad de los organismos del Estado de aplicar las disposiciones del Convenio núm. 169 de la OIT en proyectos de inversión, se encuentra en el fallo del año 2008 de la Corte de Apelaciones de Temuco, posteriormente confirmado por la Corte Suprema el año 2009, sobre el proyecto Forestal Palermo, en el cual se señala, incluso antes de la entrada en vigencia del Convenio en Chile, que los proyectos deberán reconocer cuando se produzca afectación a los pueblos indígenas, debiendo respetar y resguardar los usos tradicionales del territorio.

179. A este fallo le han sucedido otros, que han reforzado la vigencia que las disposiciones del Convenio núm. 169 de la OIT, tienen en la jurisprudencia nacional, haciendo especial hincapié en la importancia de la consulta y sus etapas.

180. La diversidad de los proyectos que han debido someterse a las disposiciones del Convenio, han permitido al Estado de Chile acumular una primera experiencia en torno a su aplicación. A la fecha, son 34 los proyectos de inversión que han sido sometidos a procesos de consulta, tanto al interior del SEIA como fuera de éste, y se prevé iniciar 9 procesos de consulta adicionales en los próximos meses. A su vez, se evidencian



45 proyectos que han sido judicializados en relación a la consulta indígena, de los cuales 5 han sido descartados³⁸, 4 han sido paralizados y posteriormente han debido enfrentar procesos de consulta, y el resto ha sido aprobado después de procesos de judicialización, o aún se mantienen en trámites ante los Tribunales de Justicia.

Cuadro 4: Catastro proyectos de inversión relacionados al Convenio núm. 169 en Chile.³⁹

N°	Nombre Región	Proyecto	Relación C169	Inversión MM US\$	Año última diligencia	Resultado
1	Arica y Parinacota	Licitación Concesión de Exploración de Energía Geotérmica Licancura II	Judicialización	S/I	2009	Aprobado
2		Licancura I, III y Pollequere II	Consulta	S/I	2015	En evaluación
3		Solicitud de Concesión de Exploración de Energía Geotérmica Serviland Minergy S.A	Judicialización	S/I	2010	Aprobado
4		Exploración Minera Proyecto Catanave	Judicialización	0.95	2011	Aprobado
5		Planta Catodos Pampa Camarones	Judicialización	30.50	2012	Aprobado
6		Explotación minera Olga 1/10	Judicialización	S/I	2012	Aprobado
7		Proyecto Manganeso Los Pumas	Judicialización	100.00	2013	Aprobado
8		Embalse Chironta	Consulta	77.70	2014	Aprobado
9		Embalse Livilcar	Consulta	12.00	2014	En evaluación
10		Mejoramiento Acceso Ticnamar	Consulta	4.00	2014	En evaluación
11	Tarapacá	Sondaje Prospección Paguanta	Judicialización y Consulta	5.00	2011-2014	Aprobado
12		Proyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado	Judicialización y Consulta	467.00	2014	En evaluación
13		Actualización Proyecto Minero Quebrada Blanca	Consulta	165.00	2014	En evaluación
14		Ruta Alternativa Acceso a Iquique	Consulta	220.00	2014	En evaluación
15		Pampa Solar	Consulta	240.00	2014	En evaluación
16		Concesión Explotación Geotermica Pampa Lirima 1, 2 y 3	Consulta	S/I	2014	En evaluación
17	Tarapacá - Antofagasta	Nueva Línea 2x220 kV Encuentro-Lagunas	Posible Consulta	101.00	2014	En evaluación
18	Antofagasta	Planta de Sulfato de Cobre Pentahidratado	Posible Consulta	17.00	2014	En evaluación
19		Concesión Parque Eólico Sector Lasana	Consulta	324.00	2011	En evaluación
20		Concesión Parque Astronomico San Pedro de Atacama	Consulta	S/I	2011	Aprobado
21		Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama	Judicialización	1.00	2011	Paralizado
22		Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio	Judicialización	20.00	2013	Aprobado
23		Proyecto de Energía Solar y Eólica Ollagüe	Consulta	S/I	2013	Aprobado
24		RT Sulfuros	Consulta	5,400.00	2014	En evaluación
25		Reposición Museo Arqueologico R.P. Gustavo Le Paige	Judicialización	19.50	2014	Aprobado

(continúa...)

³⁸ Plan regulador San Pedro de Atacama; Cerro Colo Colo; Forestal Palermo; Planta de Alimentos los Fiordos.

³⁹ El siguiente cuadro enumera todos los proyectos de inversión que han tenido relación con el Convenio núm. 169 de la OIT, ya sea por haber experimentado un procedimiento de consulta indígena, o por haber enfrentado un proceso de judicialización por esta causa. El año de la última diligencia, hace referencia al último fallo judicial o bien corresponde al año en el cual se desarrolló el proceso de consulta. Los antecedentes de los proyectos ingresados al SEIA se encuentran disponible en www.sea.gob.cl

N°	Nombre Región	Proyecto	Relación C169	Inversión MM US\$	Año última diligencia	Resultado
26	Atacama	Reapertura de operaciones Agua de la Falda Proyecto Jerónimo	Judicialización	423.00	2012	Aprobado
27		Modificaciones a Proyecto Pascua Lama	Judicialización	500.00	2013	Aprobado
28		Optimización Proyecto Minero Cerro Casale	Judicialización	5,200.00	2013	Aprobado
29		Proyecto Minero El Morro	Judicialización y Consulta	2,500.00	2014	Paralizado
30		Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama	Recurso Comité Ministros	17.00	2014	En evaluación
31		Línea de Transmisión Eléctrica Punta Alcalde - Maitencillo	Consulta	43.00	2014	En evaluación
32	Atacama - Metropolitana	Plan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones - Polpaico	Consulta	1,000.00	2014	En evaluación
33	Metropolitana	Línea de Transmisión Neptuno	Consulta y judicialización	21.00	2013	Aprobado
34	Biobío	Cerro Colo Colo	Judicialización	S/I	2010	Paralizado
35		Mini Central Hidroeléctrica Cayuqupil	Judicialización	12.80	2010	Aprobado
36		Mejoramiento conexión vial Ralco Lonquimay	Consulta	1.44	2011	Aprobado
37		Modernización y Ampliación Planta Arauco	Consulta y judicialización	2,000.00	2013	Aprobado
38		Parque Eólico Kuref	Consulta	150.00	2014	En evaluación
39		Línea de Alta Tensión 1x220 kV, Tubul-Lagunillas	Consulta	15.4	2014	En evaluación
40		Parque Eólico Lebu III	Posible Consulta	368	2014	En evaluación
41		Central Hidroeléctrica Rucalhue	Posible Consulta	240	2014	En evaluación
42	Biobío - Araucanía	Autopista Nahuelbuta	Consulta	260.00	2014	En evaluación
43	Araucanía	Forestal Palermo	Judicialización	S/I	2009	Paralizado
44		Licitación Pública para concesiones de exploración de energía geotérmica denominada "Solipulli"	Judicialización	S/I	2009	Aprobado
45		Piscicultura Palguín	Judicialización	0.45	2010	Aprobado
46		Aeropuerto Temuco	Judicialización	40.00	2011	Aprobado
47		Línea de Transmisión 110 Kv Loncoche - Villarrica, segundo circuito	Judicialización	5.70	2011	Aprobado
48		Área de Concesión de Exploración Energía Geotérmica Solipulli	Judicialización	S/I	2012	Aprobado
49		Línea de Transmisión en Poste de Hormigon 110 Kv Melipeuco - Freire	Judicialización	17.00	2012	Aprobado
50		Parque Eólico Renaico	Judicialización	240.00	2013	Aprobado
51		Central Hidroeléctrica Pangui	Judicialización	21.00	2013	Aprobado
52		Mejoramiento Ruta 199 - CH Sector Puesto - Paso Mamuil Malal	Judicialización	18.79	2013	Aprobado

(continúa...)



N°	Nombre Región	Proyecto	Relación C169	Inversión MM US\$	Año última diligencia	Resultado
53	Araucanía	Recuperación de ex Pozo de Aridos mediante rellenos con cenizas inertes	Judicialización	0.10	2014	Aprobado
54		Aumento de Producción Piscicultura Caburga II	Judicialización	3.70	2014	Aprobado
55		Central Hidroeléctrica Añihuerraqui	Consulta	22.00	2014	En evaluación
56		Parque Eólico Malleco	Posible Consulta	500	2014	En evaluación
57		Central hidroeléctrica Los Aromos	Posible Consulta	91	2014	En evaluación
58		Central hidroeléctrica El Rincón	Posible Consulta	24	2014	En evaluación
59		Línea de Transmisión Caren Bajo-Melipeuco	Posible Consulta	3.6	2014	En evaluación
60	Los Ríos	Sistema conducción y descarga al mar de efluentes tratados planta Valdivia. Ducto Celco	Judicialización	65.00	2010	Aprobado
61		Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco - Panguipulli	Judicialización	0.70	2010	Paralizado
62		Mejoramiento conectividad Isla Huapi	Consulta	1.00	2011	Aprobado
63		Concesión de Exploración de Energía Geotérmica San Cristóbal	Judicialización	S/I	2011	Aprobado
64		Conexión Vial Ruta Costera Sector Mehuin - Niebla	Consulta	2.00	2012	Aprobado
65		Mini Central de Pasada Huenteleufú	Judicialización	21.00	2013	Aprobado
66		Piscicultura Río Bueno	Judicialización	4.50	2014	En trámite de judicialización
67		Línea de Transmisión Neltume	Consulta	37.50	2014	En evaluación
68		Central Hidroeléctrica Neltume	Consulta y judicialización	781.00	2014	En evaluación
69		Pequeñas Centrales Hidroeléctricas de Pasada Florin II y Florin III	Consulta	54.00	2014	En evaluación
70		Piscicultura Río Calcurrupe	Judicialización	2.50	2014	En trámite de judicialización
71		Línea 2x220 kV Ciruelos-Pichirropulli	Consulta	77.00	2014	En evaluación
72	Los Lagos	Planta de Alimentos Los Fiordos	Judicialización	15.00	2010	Paralizado
73		Centro de Manejo y disposición Final de Residuos Sólidos Chiloé	Judicialización	5.50	2012	Aprobado
74		Parque Eólico Ancud	Judicialización	250.00	2012	Aprobado
75		Puente Canal de Chacao	Consulta	308.00	2013	Aprobado
76		Parque Eólico Aurora	Consulta	400.00	2014	En evaluación
77		Parque Eólico Cateao	Posible Consulta	224.00	2014	En evaluación
78		Parque Eólico Chiloé	Judicialización y Consulta	235.00	2011-2014	En evaluación
79		Central de pasada Mediterraneo	Judicialización	400.00	2014	En trámite de judicialización
80	Magallanes	Áreas Apropriadas para la Acuicultura	Consulta	S/I	2013	Aprobado
			Total	23,827.33		



181. Del cuadro 4 se aprecia que aproximadamente veintitrés mil ochocientos millones de dólares en proyectos de inversión se han relacionado con el Convenio núm. 169 desde el año 2009 a la fecha en Chile. Estos consideran proyectos judicializados por esta causa; proyectos que han sido consultados luego de procesos de judicialización; otros que sin haber experimentado procesos de judicialización, han sido consultados; proyectos que habiendo sido consultados, han sido impugnados judicialmente, y finalmente, proyectos para los cuales se vislumbra la necesidad de desarrollar procesos de consulta en el futuro.

182. De acuerdo al mismo cuadro se aprecia que 38 de estos proyectos corresponden a proyectos de energía (generación o transmisión), 15 a proyectos mineros, 11 a proyectos de infraestructura y 16 a otro tipo de proyectos (pesqueros, industriales, forestales, o medidas relacionadas a proyectos de investigación o planificación territorial).

183. Como ya se ha indicado anteriormente, de acuerdo a las normativas vigentes en Chile, las características de un proyecto de inversión (tipo, magnitud, ubicación, etapa en la cual se encuentre y la medida que autoriza su ejecución), determinarán el momento y la medida para la cual será necesaria la realización de un proceso de consulta indígena.

184. De esta forma, hay proyectos que son sometidos a procesos de consulta previa al interior del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y otros que aun no siendo evaluados ambientalmente requieren ser sometidos a procesos de consulta previa.

Cuadro 5: Listado de los proyectos de inversión que han debido desarrollar procesos de consulta indígena a través del SEIA.

N°	Proyecto	Región	Ingreso EIA	Inicio Consulta	Desfase Inicio Consulta vs Ingreso EIA	Estado
1	Embalse Chironta	Arica y Parinacota	14/09/12	21/02/14	517 días	Finalizado
2	Actualización Proyecto Minero Quebrada Blanca	Tarapacá	21/07/14	5/12/14	134 días	En ejecución
3	Continuidad Operacional Cerro Colorado	Tarapacá	18/07/13	19/12/13	151 días	En ejecución
4	Sondajes de Prospección Paguanta	Tarapacá	11/01/13	6/12/13	325 días	Finalizado
5	Pampa Solar	Tarapacá	15/11/13	28/03/14	133 días	En ejecución
6	RT Sulfuros	Antofagasta	31/05/13	13/08/13	73 días	En ejecución
7	Proyecto Minero el Morro	Atacama	25/06/12	13/03/13	258 días	Finalizado
8	Plan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones - Polpaico	Atacama - Metropolitana	6/03/14	31/07/14	145 días	En ejecución
9	LTE S/E Punta Alcalde - S/E Maitencillo	Atacama - Metropolitana	3/07/13	9/12/14	516 días	En ejecución
10	Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno	Metropolitana	23/10/12	4/02/13	101 días	Finalizado
11	Modernización Ampliación Planta Arauco	Biobio	27/04/12	15/04/13	348 días	Finalizado
12	Parque Eólico Küref	Biobio	7/07/11	13/01/14	906 días	En ejecución
13	Línea de Alta Tensión 1x220 kV, Tubul-Lagunillas	Biobio	22/08/13	15/10/14	413 días	En ejecución

(continúa...)

N°	Proyecto	Región	Ingreso EIA	Inicio Consulta	Desfase Inicio Consulta vs Ingreso EIA	Estado
14	Central Hidroeléctrica Añihuerraqui	Araucanía	29/11/12	29/11/13	360 días	En ejecución
15	Central Hidroeléctrica Neltume	Los Ríos	2/12/10	29/04/13	867 días	En ejecución
16	Línea de Alta Tensión S/E Neltume - Pullinque	Los Ríos	9/12/10	7/05/13	868 días	En ejecución
17	Centrales Hidroeléctricas de Pasada Florin IlyIII	Los Ríos	23/07/13	25/09/13	62 días	En ejecución
18	Línea 2x220 kV Ciruelos-Pichirropulli	Los Ríos	13/09/13	9/09/14	356 días	En ejecución
19	Parque Eólico Chiloé	Los Lagos	29/11/13	14/05/14	165 días	En ejecución
20	Parque Eólico Aurora	Los Lagos	10/10/13	15/10/14	365 días	En ejecución

185. En el cuadro 5 se puede constatar, que de los 20 proyectos que han experimentado consultas en el SEIA, solo han finalizado 5 de ellos, y el resto aún se encuentra en desarrollo.

Cuadro 6: Detalle inversión y mano de obra asociada a proyectos de inversión que ingresan al SEIA y que son sometidos a procesos de consulta indígena.

N°	SectorProyecto	Inversión MM USD	Mano de Obra Construcción	Mano de Obra Operación
1	InfraestructuraEmbalse Chironta	78	465	6
2	MineríaActualización Proyecto Minero Quebrada Blanca	165	223	564
3	MineríaProyecto Continuidad Operacional Cerro Colorado	467	40	3,200
4	MineríaSondaje Prospección Paguanta	5	54	54
5	EnergíaPampa Solar	240	150	15
6	MineríaRT Sulfuros	5,400	14,350	2,220
7	MineríaProyecto Minero El Morro	2,500	3,800	2,000
8	EnergíaPlan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones - Polpaico	1,000	18,920	30
9	EnergíaLTE S/E Punta Alcalde - S/E Maitencillo	43	76	6
10	EnergíaLínea de Transmisión Neptuno	21	70	5
11	Industrial Modernización y Ampliación Planta Arauco	2,000	4,500	1,000
12	EnergíaParque Eólico Kuref	150	150	8
13	EnergíaLínea de Alta Tensión 1x220 kV, Tubul-Lagunillas	15	80	4
14	EnergíaCentral Hidroeléctrica Añihuerraqui	22	85	8
15	EnergíaLínea de Transmisión Neltume	38	135	5
16	EnergíaCentral Hidroeléctrica Neltume	781	1,135	6
17	EnergíaPequeñas Centrales Hidroeléctricas de Pasada Florin II y III	54	60	11
18	EnergíaLínea 2x220 kV Ciruelos-Pichirropulli	77	111	15
19	EnergíaParque Eólico Chiloé	235	120	6
20	EnergíaParque Eólico Aurora	400	150	3
	Total	13,691	44,674	9,166

186. Del cuadro 6 se concluye, que los proyectos que han experimentado procesos de consulta indígena en el marco del SEIA, alcanzan una inversión total de 13 mil seiscientos millones de dólares, con 53 mil puestos de trabajo asociados, considerando tanto su construcción, como su operación.

Cuadro 7: Detalle procesos de consulta indígena.⁴⁰

N°	Proyecto	Ingreso EIA	Inicio Consulta	Desfase Inicio Consulta vs Ingreso EIA	Estado	Duración Consulta (al 31 de enero 2015)
1	Embalse Chironta	14/09/12	21/02/14	517 días	22/08/14	181 días
2	Actualización Proyecto Minero Quebrada Blanca	21/07/14	5/12/14	134 días	En ejecución	56 días
3	Continuidad Operacional Cerro Colorado	18/07/13	19/12/13	151 días	En ejecución	402 días
4	Sondajes de Prospección Paguanta	11/01/13	6/12/13	325 días	24/01/14	48 días
5	Pampa Solar	15/11/13	28/03/14	133 días	En ejecución	303 días
6	RT Sulfuros	31/05/13	13/08/13	73 días	En ejecución	528 días
7	Proyecto Minero el Morro	25/06/12	13/03/13	258 días	3/10/13	200 días
8	Plan de Expansión Chile LT 2x500 kV Cardones - Polpaico	6/03/14	31/07/14	145 días	En ejecución	180 días
9	LTE S/E Punta Alcalde - S/E Maitencillo	3/07/13	9/12/14	516 días	En ejecución	52 días
10	Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno	23/10/12	4/02/13	101 días	20/02/14	376 días
11	Modernización Ampliación Planta Arauco	27/04/12	15/04/13	348 días	12/02/14	297 días
12	Parque Eólico Küref	7/07/11	13/01/14	906 días	En ejecución	378 días
13	Línea de Alta Tensión 1x220 kV, Tubul-Lagunillas	22/08/13	15/10/14	413 días	En ejecución	106 días
14	Central Hidroeléctrica Añihuerraqui	29/11/12	29/11/13	360 días	22/01/15	413 días
15	Central Hidroeléctrica Neltume	2/12/10	29/04/13	867 días	En ejecución	632 días
16	Línea de Alta Tensión S/E Neltume - Pullinque	9/12/10	7/05/13	868 días	En ejecución	624 días
17	Centrales Hidroeléctricas de Pasada Florin IlyIII	23/07/13	25/09/13	62 días	En ejecución	486 días
18	Línea 2x220 kV Ciruelos-Pichirropulli	13/09/13	9/09/14	356 días	En ejecución	142 días
19	Parque Eólico Chiloé	29/11/13	14/05/14	165 días	En ejecución	257 días
20	Parque Eólico Aurora	10/10/13	15/10/14	365 días	En ejecución	106 días
		Promedios		335 días		283 días

187. Conforme a lo establecido en el cuadro 7, las consultas indígenas presentan una dispersión muy alta respecto de su duración, lo que podría explicarse por el tipo de proyecto, los impactos producidos, las organizaciones indígenas involucradas, y la confianza construida localmente entre las autoridades, organizaciones indígenas y titulares de proyectos de inversión. También destaca, como punto importante a observar, la demora que presenta el inicio de los procesos de consulta, considerando el hito de ingreso a evaluación ambiental de los proyectos de inversión.

188. Si bien la normativa nacional estipula que el plazo de evaluación ambiental para un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) es 120 días hábiles, ampliable a 180 días, los plazos reales son mayores, dadas las suspensiones de plazo que se desarrollan durante la evaluación ambiental. Particularmente, en los proyectos que consideran la realización de procesos de consulta previa, estos plazos aumentan notablemente, considerando

⁴⁰ Para el cálculo de la duración de los procesos de consulta que aún se encuentran en ejecución, se actualizó el Estudio realizado el 2014 y se consideró como fecha de registro final, el día 31 de enero de 2015.



que independiente de los otros aspectos que son evaluados ambientalmente, un proceso de consulta previa al interior del SEIA, se extiende en promedio por 280 días. Incluso hay procesos de consulta que se han extendido por más de 600 días.

189. Adicionalmente destaca que un porcentaje importante de las evaluaciones ambientales de los proyectos que han debido considerar la implementación de procesos de consulta previa, han requerido de la prórroga de la evaluación ambiental, para dar cumplimiento a la obligación de consulta establecida en el Convenio núm. 169 de la OIT, considerando que la evaluación ambiental estaba muy avanzada al momento de iniciarse la consulta y que los plazos restantes no eran suficientes para el correcto desarrollo de la consulta previa.

190. El estudio realizado para Chile indica que para la mayoría de los proyectos sometidos a consulta previa, se han implementado procesos de participación ciudadana indígena formal, antes del desarrollo de los procesos de consulta.

191. Por otra parte, la revisión de los distintos expedientes de los proyectos en consulta, dan cuenta de una falta de información respecto de las etapas, acciones y desarrollo de los procesos de consulta indígena que actualmente se encuentran en ejecución, disponiendo solo de información detallada para los procesos de consulta ya finalizados. De todas formas, con la poca información disponible, se puede apreciar que los procesos de consulta están concentrando grandes esfuerzos en las etapas preliminares (etapa de planificación), extendiéndose estas etapas por más de 6 meses en muchos casos, como se evidencia en el caso del proyecto Minero el Morro, el Proyecto Neptuno, o el Proyecto Añihuerraqui, en el cual se logró llegar a un acuerdo metodológico después de 7 meses de iniciada la consulta con los pueblos indígenas.

192. La revisión realizada para el caso de Chile, indica que en algunos procesos de consulta previa se ha considerado necesaria la incorporación de asesoría para las organizaciones indígenas. La contratación de asesores se ha gestionado por parte del Servicio de Evaluación Ambiental con valores que fluctúan entre los US\$20.000 y US\$30.000 y tienen por objeto, colaborar con las comunidades en la revisión de los proyectos y en la elaboración de propuestas al respecto.

Cuadro 8: Listado de los proyectos de inversión pública o medidas administrativas relacionadas a proyectos de inversión que han sido consultados sin ingresar al SEIA.

N°	Nombre Región	Proyecto	Titular	Sector	Inversión MM US\$
1	Arica y Parinacota	Embalse Livilcar	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	12
2	Arica y Parinacota	Concesión Exploración Geotermica Licancura 1, Licancura 3 y Polloquere II	Ministerio de Energía	Energía	S/I
3	Arica y Parinacota	Mejoramiento Acceso Ticnamar	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	4
4	Tarapacá	Ruta Alternativa Acceso a Iquique	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	220
5	Tarapacá	Concesión Explotación Geotermica Pampa Lirima 1, 2 y 3	Ministerio de Energía	Energía	S/I
6	Antofagasta	Concesión Parque Eólico Sector Lasana	Ministerio de Bienes Nacionales	Energía	324
7	Antofagasta	Concesión Parque Astronomico San Pedro de Atacama	Ministerio de Bienes Nacionales	Investigación	S/I
8	Antofagasta	Proyecto de Energia Solar y Eólica Ollagüe	Ministerio de Bienes Nacionales	Energía	S/I

(continúa...)

N°	Nombre Región	Proyecto	Titular	Sector	Inversión MM US\$
9	Biobio	Mejoramiento conexión vial Ralco Lonquimay	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	1
10	Biobio - Araucanía	Autopista Nahuelbuta	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	260
11	Los Ríos	Mejoramiento conectividad Isla Huapi	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	1
12	Los Ríos	Conexión Vial Ruta Costera Sector Mehuin - Niebla	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	2
13	Los Lagos	Puente Canal de Chacao	Ministerio de Obras Públicas	Infraestructura	308
14	Magallanes	Areas Apropriadas para la Acuicultura	Ministerio de Economía	Planificación	S/I
			Total Inversión en MM US\$		1132

193. Del cuadro 8 se desprende que el organismo público que más ha desarrollado consultas indígenas, es el Ministerio de Obras Públicas, considerando obras de infraestructura caminera. Por su parte, el Ministerio de Bienes Nacionales, también ha desarrollado consultas para la concesión de terrenos fiscales, para proyectos de energía e investigación. Destaca también las consultas previas desarrolladas por el Ministerio de Energía en relación a concesiones de explotación de energía geotérmica.

Cuadro 9: Detalle de los procesos de consulta indígena en proyectos o medidas administrativas relacionadas a proyectos de inversión que no ingresan al SEIA.⁴¹

N°	Proyecto	Inicio Proceso	Fin proceso consulta	Duración
1	Embalse Livilcar	10/11/11	En ejecución	1,188 días
	Concesión Exploración Geotermica Licancura 1, Licancura 3 y Polloquere II	24/02/15	En ejecución	4 días
2	Mejoramiento Acceso Ticnamar	10/02/12	En ejecución	1,098 días
3	Ruta alternativa Acceso a Iquique	27/10/10	31/12/11	424 días
4	Concesiones de Explotación Geotermica Pampa Lirima 1, Pampa Lirima 2 y Pampa Lirima 3	1/09/14	En ejecución	177 días
5	Licitación de Terrenos Fiscales para Parque Eólico Sector Lasana - Conchi Viejo	5/09/11	18/11/11	73 días
6	Concesión Proyecto Astronomico Atacama	22/02/11	27/12/11	305 días
7	Proyecto de Energia Solar y Eólica Ollagüe	15/07/13	25/10/13	100 días
8	Estudio de Pre Inversión "Mejoramiento conexión vial Ralco Lonquimay"	23/03/11	30/11/11	247 días
9	Autopista Nahuelbuta	1/08/13	En ejecución	567 días
10	Estudio de diseño para el mejoramiento de conectividad de Isla Huapi y variante puerto Sur.	2/08/11	1/07/12	329 días
11	Estudio de Pre Inversión Conexión Vial Ruta Costera Sector Mehuin - Niebla	25/07/11	10/07/12	345 días
12	Puente Canal de Chacao	1/08/13	1/01/14	150 días
13	Areas Apropriadas para la Acuicultura	1/03/13	7/03/14	366 días
			Promedio	413 días

194. En este cuadro se verifica, que al igual que las consultas desarrolladas para los proyectos en el SEIA, los plazos de estos procesos están alcanzando periodos de

⁴¹ En esta tabla, se actualizó la fecha de evaluación del informe al 28 de febrero de 2015. Por tanto los procesos que aún no habían finalizado a esa fecha, calculan su duración considerando esa fecha tope.





tiempo cercanos a los 400 días. En el caso de las medidas administrativas y proyectos consultados fuera del SEIA, estos plazos son más extensos, considerando incluso, proyectos que sobrepasan los 1.000 días en consulta indígena.

195. Estos procesos de consulta previa, tienen menor grado de información pública sobre su desarrollo, y no existe un banco de información que permita acceder a ellos, lo que hace muy difícil conocer el detalle de dichos procesos de consulta.

196. En relación a los recursos para desarrollar la consulta previa, a la fecha no existen mecanismos especialmente diseñados para ejecutar procedimientos de consulta a los pueblos indígenas. Si bien cada organismo público debe desarrollar consultas, de acuerdo a las medidas que deba dictar, para financiar dichos procedimientos utiliza recursos que han sido destinados para otros fines. Sin perjuicio de lo anterior, existen tres instituciones en el Estado que cuentan con presupuestos específicos que tienen relación con la consulta a los pueblos indígenas. Estos presupuestos están considerados en la CONADI, en el Servicio de Evaluación Ambiental, y en el Ministerio de Desarrollo Social. La suma del presupuesto que consideran estas 3 instituciones para abordar la consulta, equivale a un total de US\$ 3 millones anuales para estas tareas.





4 | DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PROCESOS DE CONSULTA PREVIA

4I DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PROCESOS DE CONSULTA PREVIA

197. El siguiente capítulo identifica las principales dificultades que entraña la implementación de la consulta previa a los pueblos indígenas en relación a los proyectos de inversión, evidenciadas a través de la revisión de los procesos desarrollados en los distintos países que fueron estudiados.

Colombia

198. En el caso de Colombia los aspectos identificados en el Estudio realizado por el ICP entre septiembre de 2013 y marzo de 2014 indican que las principales dificultades son las siguientes.

▼ 1. Falta una Ley Estatutaria sobre Consulta Previa.

199. El estudio realizado para Colombia establece que la falta de un instrumento normativo con fuerza de ley que se ocupe exclusivamente de detallar aspectos sumamente importantes de los procesos de consulta, es una dificultad relevante, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha ido llenando algunos vacíos importantes sobre criterios y lineamientos mínimos para efectuar la consulta previa.

200. De esta forma el estudio señala que *“la latente posibilidad de variación de la jurisprudencia, así como la implementación de nuevas políticas estatales o los posibles cambios de concepción o de interpretación al interior de los organismos del Estado encargados de liderar los procesos de Consulta Previa”* constituyen incertidumbres de peso para la inversión del sector privado.

▼ 2. Débil intervención estatal

201. La falta de claridad respecto del rol de los funcionarios de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en los procesos de consulta es otra dificultad identificada. El ICP concluye que no existe claridad, si su función es de ser garantes, amigables componedores, árbitros u otra. Por su parte también indica que las empresas entrevistadas reclaman la falta de capacitación de algunos funcionarios gubernamentales para “ejercer las labores que se les asignan, y sobre todo, les preocupa la falta de continuidad en el personal, la poca comunicación institucional, la falta de intervención en los conflictos internos que generan las consultas y los presupuestos limitados.”

202. La situación anterior ha significado que en las obras de infraestructura, los contratistas han debido asumir responsabilidades que exceden su alcance en materia de mediación con los pueblos indígenas, considerando que los proyectos de infraestructura son Estatales, y debiesen ser legitimados y consensuados previamente por este.

203. Así también el estudio muestra que en muchos casos, durante la consulta previa, las empresas del sector de infraestructura deben asumir compromisos que son propios de la función del Estado, y no se relacionan con los impactos de los proyectos.

▼ 3. Costos escalados

204. El análisis económico realizado en los casos investigados por el ICP evidenció que la demora en los procesos de consulta de alta complejidad puede llegar en algunos casos hasta 64 meses, si se consideran los tiempos que toma la certificación

de la existencia de comunidades indígenas. De esta forma, el estudio indica que *“en algunos de los casos estudiados se calcularon sobrecostos mensuales de hasta \$1.430 millones de pesos mensuales, incluyendo costos implícitos o explícitos; en contraste, la DCP da razón un término promedio de 8 meses para los procesos. Pese a lo anterior, de los estudios realizados se pudo conocer que los empresarios presupuestaron aproximadamente \$1.400 millones de pesos (aproximadamente US\$550 mil dólares) para toda la consulta.”*

205. También se evidencia que en algunos casos las consultas experimentaron demoras a causa de agentes externos que ejercen presiones y que en escenarios ajenos a la consulta imponen su contratación a altos costos como condición para que la consulta se ejecute. De acuerdo a lo indicado por el ICP, estas situaciones también han generado problemas internos de representatividad y consecuentes dilaciones.

206. El ICP indica que las empresas *“se quejan de las incertidumbres para formular presupuestos realistas y de tener que soportar las presiones frente a posibles sanciones contractuales, así como los costos de demoras, a su juicio excesivas en muchos casos.”*

▼ 4. Falta una cartografía sistematizada sobre comunidades étnicas

207. La falta de un mapa con coordenadas técnicas sobre los grupos étnicos y de un Sistema Nacional de Información Georeferenciado sobre minorías del país, es otra necesidad evidenciada en el estudio realizado por el ICP. Esto tiene incidencia tanto en los procesos de certificación de presencia de comunidades, como en la identificación de impactos sociales y culturales relacionados con los proyectos.

▼ 5. Validez y permanencia de los acuerdos

208. Un tema relevante identificado por el ICP es que en muchos casos los *“preacuerdos alcanzados entre las partes se modifiquen con el paso del tiempo ante el eventual cambio de autoridades o representantes de las comunidades, así como de las políticas empresariales, y que deban darse nuevamente discusiones que se consideraban superadas, con la pérdida de tiempo y dinero que esto implica. En efecto, los preacuerdos no tendrán validez y por lo tanto no pueden considerarse acuerdos hasta tanto la consulta no sea formalmente protocolizada, en presencia de las autoridades legítimamente delegadas para representarlos en dicho escenario.”*

▼ 6. Intervención de terceros asesores con exigencias arbitrarias de honorarios

209. Conforme evidenció el estudio de Colombia, la presencia de terceros que actúan o influyen a las comunidades en determinados sectores o regiones del país para beneficio propio es otro factor relevante. En muchos casos la solicitud de asesores excede los precios del mercado, lo que hace muy difícil responder a estas solicitudes.

▼ 7. Desconfianza entre las partes

210. Un factor muy relevante, y que también ha sido identificado en otros países, es la falta de confianza entre las partes. Las empresas se quejan que las comunidades se oponen al desarrollo; y al mismo tiempo las comunidades se quejan de la poca intención del Estado y de las empresas de hacer procesos de consulta realmente participativos.

▼ 8. Aparición de “nuevas” comunidades

211. Otra dificultad identificada en Colombia es lo que algunos consideran como una supuesta conformación *“amañada”* y premeditada de comunidades, que se crean y establecen únicamente con el propósito de beneficiarse del proceso de consulta previa. Esto también ha sido identificado en otros países. De acuerdo al ICP, esto se

relaciona con la inexistencia de instrumentos o registros que definan objetivamente la existencia de grupos étnicos en el área de influencia de los proyectos y de las áreas que estos utilizan.

▼ 9. Falta de criterios para definir las medidas compensatorias

212. La falta de criterios para definir objetivamente las medidas compensatorias es otro aspecto de preocupación a juicio del ICP, aun cuando reconoce que: *“no pueden existir fórmulas exactas que permitan presupuestar ex ante las posibles compensaciones que deban implementarse como medidas de manejo por los impactos causados a una comunidad étnica, dado que en virtud del principio de adecuación cultural tal cosa sería impropia.”* La preocupación surge considerando que en muchos casos las negociaciones con comunidades de un mismo pueblo, sobre los mismos impactos, terminan en compensaciones dispares.

▼ 10. Conflicto armado

213. Una característica que afecta la realidad Colombiana en todos los ámbitos es la situación de conflicto armado que aún subsiste en ese país. Esta situación también impacta la realidad de algunas comunidades que participan de los procesos de consulta previa. En algunos casos el conflicto puede *“afectar el consentimiento de las comunidades que participan de procesos en condiciones desfavorables, de desarraigo y de especial vulnerabilidad con ocasión de la violencia.”*, lo que posteriormente puede generar el cuestionamiento de los acuerdos alcanzados, cuando se demuestra que las comunidades han sido afectadas por la violencia durante el proceso.

Costa Rica y Guatemala (Dificultades comunes para ambos países)

214. Dado que el estudio para Costa Rica y Guatemala se realizó de forma conjunta, los resultados se entregarán utilizando la misma estructura del informe realizado por FUNPADEM. Es decir, en primer término se presentan las dificultades o cuellos de botella comunes a ambos países, y luego las específicas para cada uno.

▼ 1. Falta de procedimiento oficial y aceptado por todas las partes.

215. De acuerdo al informe desarrollado por FUNPADEM, la ausencia de un procedimiento oficial constituye la piedra angular de todos los problemas en relación a la consulta previa. Esto no significa que la existencia de un procedimiento oficial y legítimo terminará con la conflictividad, pero al menos colaborará en su implementación y guiará hacia un mejor entendimiento y participación de las partes.

▼ 2. Problemas de representación de los pueblos indígenas y cuestionamientos a la institucionalidad.

216. Los problemas de representatividad y legitimidad de las organizaciones de los pueblos indígenas es otro aspecto clave identificado en estos países para la implementación de la consulta previa.

▼ 3. Indeterminación de autoridades ancestrales.

217. El estudio de FUNPADEM evidencia que en ambos países, la consulta previa se dificulta aún más cuando se requiere consultar a las “autoridades ancestrales” de los pueblos indígenas, dado que en muchos casos la cultura burocrática y formal de los Gobiernos “Occidentales”, no comprende o se contrapone a las estructuras clánicas



de los pueblos indígenas, en donde hay liderazgos por cada familia, y en muchos casos no cuentan con autoridades comunes para el conjunto de una comunidad.

▼ 4. Judicialización de las decisiones estatales.

218. Otra dificultad evidenciada dice relación con la existencia de una creciente tendencia a judicializar las decisiones estatales respecto de la aprobación de proyectos de inversión y desarrollo, especialmente cuando la autoridad pública debe emitir pronunciamientos sobre el inicio, desarrollo y cierre de los procesos de consulta previa. En muchos casos los funcionarios que deben dictar dichas resoluciones, demoran sus pronunciamientos a la espera de que se resuelvan los trámites judiciales a los que se ven enfrentados los proyectos. Si bien la judicialización es una herramienta legítima, afecta el actuar del estado y refleja la falta de confianza en las instituciones públicas y sus pronunciamientos, lo que perjudica el sistema en su conjunto.

▼ 5. Oposición creciente e ideologizada a proyectos de desarrollo – infraestructura.

219. En ambos países se indica que existe un serio problema de sobre ideologización de los proyectos extractivos e hidroeléctricos, por su impacto ambiental. Esta polarización genera un posicionamiento ex ante, que dificulta y en ocasiones imposibilita el diálogo.

▼ 6. Analfabetismo y barreras lingüísticas.

220. La barrera idiomática es un factor crítico para el diálogo intercultural, lo que es especialmente grave en países como Guatemala, no solo por la enorme cantidad de población indígena, sino además por la cantidad de lenguas existentes. Esto se agrava dado el analfabetismo en las comunidades, lo que dificulta más la comunicación.

▼ 7. Confusión, sobre expectativas y frustración con respecto a la consulta previa definida en el Convenio núm. 169.

221. En general no hay suficiente claridad acerca del alcance y características de un proceso de diálogo intercultural bajo el espíritu del Convenio núm. 169, existiendo la percepción de que “a mayor capacitación”, mayor confusión sobre su verdadero alcance y propósito. Esto ha generado, entre otras cosas, una frustración generalizada con la consulta previa del Convenio núm. 169 y su “promesa”.

▼ 8. Diálogos interculturales deficitarios y ausencia de cultura de consensos.

222. De acuerdo a lo establecido en el Estudio realizado por FUNPADEM, la consulta previa “supone un enfoque de gobernanza democrática de decisiones participativas con la sociedad civil, agregando la dimensión “indígena”, para la cual la institucionalidad democrática occidental nunca ha estado realmente preparada. Por ello, nuestras sociedades tienen un profundo si no total déficit de diálogo intercultural, el cual ha sido inexistente históricamente y que, por solo eso mismo, no sucederá espontáneamente porque una normativa casi olvidada en ambos países durante la primera década de su vigencia, y menos ahora en el marco de una profunda escalada y radicalización de posiciones, especialmente de los pueblos indígenas.”

▼ 9. Riesgo actual y futuro de incentivos perversos.

223. El estudio concluye que “existen riesgos de surgir incentivos perversos asociados a ese poder novedoso, especialmente cuando, luego de vivir en circunstancias de limitaciones, pobreza e incluso indigencia, se encuentran ante la posibilidad de solicitar e incluso “exigir” a empresas de capacidad económica (y, como en los casos aquí estudiados, de mucha capacidad), beneficios económicos desproporcionados e incluso que riñen con la ética universalmente aceptada.”

224. Además el estudio de FUNPADEM concluye que: *“Esto, incluso, puede haber provocado y provocar en el futuro, un nivel de “profesionalización” ya no sólo de la asesoría, acompañamiento y o representación de las comunidades indígenas, sino además del surgimiento de una tendencia a la mercantilización y mercenización de la consulta previa, con un objetivo colateral o incluso directo para obtener beneficios patrimoniales y/o político-clientelares.”*

▼ 10. Riesgo de dinámicas de “veto players”.

225. Existe un inminente riesgo de provocar una dinámica de “veto players” no sólo para futuros proyectos, sino en general para las políticas públicas legítimas en un sistema democrático. Esto genera una profunda distorsión en la dinámica decisoria de los Estados, rompiendo los equilibrios necesarios para que una democracia funcione.

▼ 11. Actores externos a las comunidades como obstáculos al logro de consensos

226. El análisis de los actores realizado en el estudio para Costa Rica y Guatemala indica que en algunos casos la presencia de actores externos a las comunidades indígenas directamente impactadas por los proyectos, lejos de facilitar los diálogos, más bien radicaliza las posiciones, convirtiéndose en un factor que escala la conflictividad.

▼ 12. Retrasos y sobrecostos a proyectos, incremento de riesgos sociales de los proyectos.

227. El retraso de proyectos relacionados a la consulta previa, como el caso del PH Diquís en Costa Rica, ha impactado en muchos casos en los costos de la energía o incluso en una fuerte contracción en sus mercados.

228. Como hemos revisado en los capítulos anteriores, en Costa Rica, el mayor potencial de generación de energía es la hidroelectricidad, que a su vez, en su mayoría se encuentra en reservas indígenas, por lo que el conflicto que ha rodeado al proyecto PH Diquís, tiene consecuencias directas sobre las tarifas actuales, como también sobre las proyecciones futuras, debido a la dificultad que entrañaría la posibilidad de desarrollar en el corto y mediano plazo proyectos que puedan aprovechar este potencial de generación.

▼ 13. Impacto negativo en clima de negocios y competitividad.

229. En ambos países, aunque en diferentes dimensiones y por diferentes vertientes, la indeterminación y conflictividad relacionada con la consulta previa ha generado una clara afectación en el clima de negocios y la competitividad de ambos países.

Costa Rica

▼ 1. Cuestionamiento a la representatividad oficial de los pueblos indígenas.

230. Muchos líderes indígenas cuestionan la representatividad promovida en las leyes de Costa Rica que establecen a las Asociaciones de Desarrollo Indígena como representantes válidos en los procesos de diálogo y consulta. Este cuestionamiento se basa en que, esta determinación surge en el marco de una Ley que no fue pensada ni consultada con los pueblos indígenas, y por tanto crea estructuras de Gobiernos ajenas a sus comunidades.

▼ 2. Validez de acuerdos con colonos en territorios indígenas.

231. El estudio realizado para Costa Rica identifica como uno de los grandes problemas de los territorios indígenas la presencia de no indígenas en ellos, tanto de forma legal e ilegal. Como señala este estudio, estas personas suelen ser designadas

con el calificativo general de “colonos”. En el caso de Costa Rica, el problema deriva de la validez y reconocimiento que los pueblos indígenas le dan a los acuerdos a que ha llegado el ICE-CR con colonos y no con los órganos representativos de los pueblos indígenas.

▼ 3. Indefinición de Gobiernos anteriores.

232. Un obstáculo importante para todo proceso de consulta, es la falta de decisión de los Gobiernos sobre el establecimiento de un procedimiento oficial para realizar la consulta.

▼ 4. Cultura política y diseño institucional con tendencia a evitar decisiones complejas y de alto costo político (conflictividad social).

233. Un tema relevante identificado en Costa Rica es que los *“Gobiernos suelen preferir asumir el costo de no decidir para evitar conflictos, antes que asumir el costo de tomar decisiones de alto costo social – conflictividad. Y menos aún si interpretan que la decisión conflictiva conlleva altas probabilidades de movilizaciones populares en contra.”*

▼ 5. Financiamiento de la consulta.

234. El financiamiento de la consulta previa es otro aspecto relevante. El estudio realizado indica que hasta hoy, Costa Rica no cuenta con una institucionalidad encargada de la implementación de la consulta previa, por lo que no existen definiciones que indiquen que organismo público debe asumir los costos que implica su desarrollo.

235. En el caso de la consulta previa del PH Diquís, se estima que el proceso podría costar entre US\$100.000 y US\$150.000, lo que es puesto en alerta por FUNPADEM, indicando que este presupuesto debe ser considerado como extraordinario, justificado por la magnitud del proyecto, pero que no debe ser considerado como el costo promedio de una consulta, pues sería insostenible para las finanzas públicas.

Guatemala

▼ 1. Cuestionamiento a la representatividad oficial de los pueblos indígenas.

236. En el caso de Guatemala, si bien la legislación reconoce a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, estas deben inscribirse ante el registro civil de la municipalidad correspondiente. Por otra parte, las leyes en Guatemala crean los Consejos Departamentales de Desarrollo, los Consejos Municipales de Desarrollo, y los Consejos Comunitarios de Desarrollo, entregándoles la facultad de representar en algunos casos a los pueblos indígenas. De esta forma, al igual que en el caso de Costa Rica, estas representaciones han sido cuestionadas por los liderazgos indígenas.

▼ 2. Radicalización de posiciones, especialmente de oposición a proyectos, que inhibe y/o impide el diálogo colaborativo y el consenso.

237. De acuerdo a lo señalado en el estudio realizado en Guatemala, *“El nivel de radicalidad y violencia que se presenta en algunos casos de PHs y extractivos en Guatemala, incluso con saldo de muertes, naturalmente inhibe cualquier posibilidad inmediata y posterior de sostener un diálogo constructivo”*⁴². A esto se suma que aún hay rezagos del enfrentamiento armado en personas que fueron parte del conflicto y que hoy son líderes, con heridas aún no sanadas y prácticas no superadas.

⁴² Informe Final Conflictividad asociada con la Consulta Previa del “Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales” en los proyectos extractivos, hidroeléctricos y de infraestructura en Costa Rica y Guatemala. FUNPADEM.

▼ 3. Altísimos niveles de desconfianza entre los actores.

238. Existen altos niveles de desconfianza entre los actores que se relacionan en esta materia, lo cual también inhibe cualquier proceso de diálogo, ya que para que sea efectivo, requiere, previamente, un mínimo de confianza entre las partes dialogantes.

▼ 4. Poderes fácticos (crimen organizado), en el marco de la debilidad estatal.

239. El estudio de FUNPADEM señala que: *“Guatemala, al igual que los países del Triángulo del Norte de Centroamérica, presenta serios retos a su estabilidad democrática y su seguridad debido a la presencia del crimen organizado, especialmente vinculado a la narcoactividad.”* A su vez señala que: *“Lamentablemente, esto suele coincidir con los territorios donde hay mayor presencia indígena, además de las costas y las fronteras.”*

▼ 5. Los proyectos se ejecutan, pero con un alto costo social y económico.

240. El Estudio realizado para Costa Rica y Guatemala indica que *“la diferencia principal entre Guatemala y Costa Rica es que en el primer país, a pesar de todo (conflicto y violencia), los proyectos se ejecutan. Da la impresión de que las empresas, dentro de la planeación del proyecto, “presupuesta el conflicto” y lo consideran no solo un riesgo social como una contingencia propia del clima de negocios de Guatemala. Al tener alta población y densidad indígena, así como una mayor libertad de empresa en comparación con Costa Rica, existe enorme cantidad de proyectos afectados. Naturalmente esta es una distorsión perversa para la libertad de empresa y el desarrollo de los negocios, y lo peor que puede hacer un país es acostumbrarse a ello.”*⁴³

▼ 6. Gran cantidad de actores involucrados, con articulación nacional e internacional.

241. El estudio realizado para Guatemala identificó una enorme cantidad de actores relacionados, lo que junto a la fragilidad de la institucionalidad, acrecienta los antagonismos. De este modo, en Guatemala se destaca que *“la beligerante participación de actores extranjeros, tanto públicos (Gobiernos) y privados (movimientos – ONGs) de solidaridad internacional. Si bien es legítima y necesaria la lucha internacional y solidaria por las causas de los derechos humanos, esto debe operar en el marco del Estado de Derecho, las reglas democráticas, la protesta pacífica y la ética del diálogo de buena fe.”*

242. Además, los indicios de participación del crimen organizado y grupos ilegales en la oposición a proyectos hidroeléctricos y extractivos oscurecen el panorama y la posibilidad de alcanzar diálogos genuinos y de buena fe.

Chile

▼ 1. Dificultades relacionadas a los recursos para implementar procesos de consulta.

243. Al igual que en el resto de los países, la práctica de los procesos de consulta ha demostrado que su implementación requiere de un esfuerzo importante de recursos que permitan desarrollar procesos de difusión, realizar actividades e implementar talleres con las organizaciones indígenas, logística de transporte y movilización de

⁴³ Informe Final Conflictividad asociada con la Consulta Previa del “Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales” en los proyectos extractivos, hidroeléctricos y de infraestructura en Costa Rica y Guatemala. FUNPADEM.





dirigentes y comunidades, alimentación necesaria para estos talleres y recursos para elaborar el material que deberá ser entregado.

244. A estas necesidades, se suman los recursos requeridos para que los funcionarios de los servicios públicos, puedan trasladarse a terreno a implementar dichos procesos.

245. En este contexto, la inexistencia de recursos específicos en el Estado para desarrollar procesos de consulta, hace que se deba recurrir a recursos concebidos originalmente para otros fines, dificultando y retrasando el desarrollo de consultas pertinentes.

246. Esta insuficiencia de recursos afecta también, a los requerimientos de asesoría que solicitan las organizaciones indígenas para participar de los procesos de consulta con asesores especializados. Si bien la información recopilada no entrega suficientes antecedentes que indiquen en cuántos procesos de consulta las organizaciones indígenas han solicitado recursos para la contratación de asesoría independiente, puede observarse que existe una creciente tendencia de este tipo de solicitudes.

247. La falta de respuesta a esta necesidad por parte de los organismos públicos, ha significado que algunas organizaciones indígenas recurran a los titulares de proyectos para solicitar recursos que permitan financiar estas asesorías, con las dificultades que esto conlleva para las empresas, dada la mala interpretación que puedan darle terceros a una eventual colaboración de este tipo, no obstante ser una necesidad real que hasta el momento no encuentra respuesta por parte del Estado.

▼ 2. Dificultades sobre el inicio del proceso de consulta y su extensa duración

248. La falta de claridad respecto de cómo y cuándo se inicia un proceso de consulta, sobre todo para las consultas realizadas fuera del sistema ambiental, por la ausencia de una resolución que dé inicio a la consulta, genera confusión en los distintos actores.

249. En este contexto, la indefinición de los alcances que tiene la resolución o el hito que da inicio a una consulta previa, es materia de preocupación, sobre todo por la necesidad de definir cuáles serán las organizaciones que participarán de la consulta. Este hito permite dar a conocer el inicio del proceso, informando a las organizaciones de la existencia de esta consulta, requiriendo su participación en el caso que sean afectadas.

250. A su vez el inicio de las consultas previas en proyectos que ingresan al SEIA, experimentan un desfase importante respecto al inicio de la evaluación ambiental, lo que implica que la consulta previa se desarrolla en fases muy avanzadas de la evaluación ambiental del proyecto, dificultando que las observaciones y preocupaciones de los pueblos indígenas puedan ser incorporadas de forma adecuada.

251. Respecto de los tiempos de una consulta, la información relativa a la duración de los procesos de consulta no entrega claridad de cuál es la duración normal de un proceso, pues los plazos son muy variables entre cada una de ellas, y existe poca experiencia que permita concluir una tendencia al respecto. Mientras el proceso de consulta más corto realizado en el SEIA, duró tan solo 48 días, existen procesos de consulta aún en curso que se han extendido por más de 600 días. En el caso de los proyectos consultados fuera del SEIA, la consulta más corta duró 73 días, mientras que la más larga, aún continúa en desarrollo, con más de 1.000 días. La experiencia al día de hoy muestra que un proceso de consulta previa dura en promedio 280 días en el SEIA y más de 400 días para las consultas realizadas fuera de este sistema. Estos promedios son poco representativos pues la mayoría de los procesos de consulta todavía se encuentran en ejecución, pero permite comprender que son plazos muy extensos.



▼ 3. Dificultades sobre la etapa de planificación. Acuerdo metodológico

252. Respecto de la etapa de planificación de una consulta, esta se identifica como la etapa más importante para el éxito de los procesos, sin embargo, se advierte que la falta de claridad en relación a su finalidad y alcance, genera diversidad de expectativas lo que entorpece el desarrollo de las consultas.

▼ 4. Dificultades sobre la coordinación institucional en la aplicación de la consulta

253. Se evidencia una falta de coordinación estatal respecto de la ejecución de consultas, afectando el desarrollo de ellas. La falta de coordinación es percibida por los titulares de proyectos al consultar por la pertinencia de desarrollar procesos de consulta. La existencia de diferentes criterios que han emanado de las autoridades y organismos sectoriales en materia de consulta, como a su vez, la falta de claridad respecto de quién es el organismo competente para determinar estas materias, produce demoras y ampara la dictación de pronunciamientos erráticos, arbitrarios o cambiantes, generando confusión.

254. Por su parte, los dirigentes indígenas han observado que esta descoordinación afecta directamente su participación en las consultas, puesto que han sido convocados de forma simultánea a varios procesos, imposibilitando o dificultando su participación en algunos de ellos, lo que es percibido como acto de mala fe por parte del Estado.

255. La dictación de medidas por parte de la autoridad sin considerar procesos de consulta, debiendo haberlo sido, en algunos casos por desconocimiento o descoordinación estatal, afecta la confianza de las organizaciones indígenas hacia el Estado y por ende, hacia los procesos de consulta en general.

▼ 5. Dificultades sobre el rol de los titulares en los procesos de consulta.

256. Considerando que los titulares de proyectos de inversión son un actor relevante en el desarrollo y éxito de los procesos de consulta, se evidencia la falta de un espacio establecido y regulado para la participación de éstos en el desarrollo de una consulta. Esto se agrava dado el importante número de casos, en donde las organizaciones indígenas han solicitado que las empresas no participen de ninguna reunión durante el proceso, limitando su participación a los requerimientos de información, pronunciamientos y respuestas solicitadas por la autoridad, lo que imposibilita el diálogo.

▼ 6. Dificultades sobre el momento de consulta para los proyectos que ingresan al SEIA

257. Si bien existe consenso sobre la importancia de contar con un mecanismo de evaluación ambiental único en donde se puedan evaluar todos los antecedentes relativos a un proyecto de inversión, incorporando también la consulta indígena, como lo es el SEIA, se aprecia la necesidad de iniciar la consulta en forma más temprana, idealmente antes del ingreso de un proyecto al SEIA. De todas formas se hace presente la importancia que este proceso finalice durante la evaluación ambiental y no antes. Esto permite que los pueblos indígenas puedan influir tanto en el diseño del proyecto como en la evaluación.

▼ 7. Dificultades en la discrecionalidad para identificar la procedencia de consulta

258. Si bien las normativas vigentes entregan mayor certeza sobre qué medidas deben consultarse y cuándo, todavía existe un espacio importante de discrecionalidad en esta decisión. Esta discrecionalidad está relacionada con la dificultad que supone la verificación de afectación directa sobre los pueblos indígenas, lo que es especialmente complejo, al considerar que en muchos casos ésta se relaciona con aspectos intangibles



demandados por las organizaciones indígenas, tales como creencias ancestrales, que no se encuentran en la memoria colectiva, lo que complejiza su corroboración, y referencias a antiguos sitios de significación cultural difíciles de identificar y constatar.

▼ 8. Dificultades sobre la falta de diálogo y generación de confianzas

259. Las dificultades para realizar procesos de consulta a los pueblos indígenas en relación a proyectos de inversión, tiene en muchos casos, un común denominador que dice relación con la falta de espacios de diálogo permanentes entre el Estado y los pueblos indígenas tanto a nivel local, como regional y nacional. De esta forma, la implementación de los procesos de consulta para proyectos de inversión, debe enfrentar la necesidad de reconstruir confianzas, haciéndose cargo de reclamaciones y demandas históricas con el Estado y la sociedad en su conjunto, que no dicen relación al proyecto, lo que dificulta, y en muchos casos impide, el desarrollo de un proceso de consulta.

▼ 9. Dificultades sobre las organizaciones indígenas.

260. Los procesos de consulta a los pueblos indígenas tienen el desafío de identificar quiénes deben ser los sujetos de consulta, es decir, qué organizaciones indígenas deben ser consultadas. Si bien en el ámbito local su identificación no es tan compleja, en muchos casos las divisiones o disputas al interior de las organizaciones indígenas, dificultan la implementación de dichos procesos.

261. Por otra parte, cuando un proyecto trasciende el ámbito local, se hace más compleja la identificación de las organizaciones indígenas representativas o afectadas, considerando la existencia de múltiples organizaciones indígenas. Una vez identificadas, surgen nuevos desafíos al momento de propiciar que ellas participen unas con otras en igualdad de condiciones, dadas las diferencias internas en relación a su validez o representatividad.

▼ 10. Dificultades sobre las expectativas de los procesos de consulta y sus resultados.

262. Las diversas expectativas que los grupos de interés tienen sobre el resultado esperado de una consulta es otra dificultad, que en muchos casos está relacionada a la falta de información sobre el alcance del Convenio y sus disposiciones.

263. En este sentido, por parte de las organizaciones indígenas existen altas expectativas sobre el derecho a consentimiento previo que podría entregar la consulta indígena para proyectos de inversión, lo que contrasta con la realidad de la aplicación. Esto incrementa la desconfianza, y muchas organizaciones se restan de participar de los procesos pues no los consideran eficaces.

▼ 11. Dificultades relacionadas a la información disponible respecto de los procesos de consulta y la información sobre los pueblos indígenas y sus territorios.

264. Del análisis de los procesos de consulta ejecutados y en ejecución, se constata que no existe información suficiente que permita conocer el desarrollo de dichos procesos, y de cada una de las etapas que los componen, especialmente sobre aquellos que aún se encuentran en desarrollo, lo que afecta la transparencia y la comunicación entre los distintos intervinientes y no permite un correcto aprendizaje de estos procesos.

265. A su vez, en referencia a las organizaciones indígenas, se evidencia la falta de información pública y sistematizada sobre las organizaciones indígenas, sus actividades, tierras, territorios y sitios de significación cultural, lo que dificulta el desarrollo de





acciones tempranas para reconocer, acotar y mitigar los posibles impactos que los proyectos puedan producir sobre ellas, e incorporarlas en las consultas.

266. La falta de información objetiva y validada sobre las organizaciones indígenas, su relación con los territorios y los sitios de significación cultural, deja espacio para que los estudios técnicos desarrollados para cada proyecto se construyan en base a la información incompleta, resultando en muchos casos, en estudios que presentan falta de información relevante referida a los pueblos indígenas, afectándolos directamente al no considerarlos en la evaluación del proyecto.

▼ 12. Dificultades sobre la situación de los proyectos que no ingresan al SEIA.

267. Respecto de los proyectos o actividades que no ingresan al SEIA y que requieren de la dictación de medidas para poder desarrollarse, existe falta de claridad e información sobre cuáles son las medidas que se consideran como medidas de discrecionales para estos efectos, y que por ende deben consultarse de acuerdo a la legislación Chilena.

268. Por su parte, los pueblos indígenas tienen observaciones respecto de la legalidad de los criterios establecidos en la legislación local, respecto de restringir la consulta indígena solo a las medidas administrativas de naturaleza discrecional.



5 | RECOMENDACIONES





51 RECOMENDACIONES

269. El análisis realizado para cada país por los investigadores, entrega un conjunto de recomendaciones y acciones específicas para abordar las dificultades evidenciadas en el capítulo anterior y a su vez facilitar la implementación de procesos más eficaces.

270. De esta forma, a continuación se presenta un compilado, que refleja las recomendaciones realizadas por los investigadores para cada país en particular. Si bien las recomendaciones para cada país fueron editadas, respecto del informe original realizado por cada uno de los investigadores, su contenido intenta reflejar fielmente lo recomendado en cada uno de los informes realizados. En algunos casos, los párrafos utilizados son copia fiel de los estudios originales.

Colombia

▼ 1. Construcción de una política pública de relacionamiento con los pueblos indígenas y los grupos étnicamente diferenciados

271. Actualmente, el acceso a la toma de decisiones por parte de los pueblos indígenas tiende a darse únicamente en el marco de la consulta previa. Al no contar con más escenarios de participación política, las deudas históricas del Estado con estas comunidades se cargan a los procesos, y particularmente a las empresas, quienes a pesar de no tener la obligación de atenderlos en estos aspectos, terminan por acceder a las solicitudes de las comunidades ante la urgencia de avanzar en los procesos.

272. De esta forma el ICP sugiere que, *“si se quiere que el trámite de la consulta tenga un desarrollo más fluido y que las compensaciones respondan a los impactos generados por los proyectos, es necesario asumir el problema de la carencia de espacios/formación para la participación política de los grupos étnicamente diferenciados desde una política pública que los articule de mejor manera.”*

273. El ICP indica que existen diferentes propuestas para abordar este tema y sugiere estudiar en profundidad, la necesidad de generar discusiones con las comunidades desde la construcción misma de los planes de desarrollo regionales y locales, momentos que al ser tempranos y anteriores a cualquier consulta o desarrollo de proyectos, permite que posteriormente cuando se inicien las consultas, los problemas más importantes, ya hayan sido abordados en esos espacios.

▼ 2. Adecuación institucional

274. De acuerdo al estudio realizado en Colombia, el arreglo institucional vigente es uno de los principales obstáculos para el correcto desarrollo de las consultas previas. En este contexto algunas posibles soluciones, consideran entre otras, la transformación de la Dirección de Consulta Previa en una agencia con libertad presupuestaria y recursos propios que le permitan responder efectivamente a la creciente demanda de procesos de consulta previa. De esta forma, esta institucionalidad deberá velar por el respeto de los derechos de las partes, a través de una gestión efectiva y expedita, así como también de garantizar la transparencia en los procesos.

▼ 3. Implementación de la Directiva Presidencial N° 10 de 2013

275. Si bien el estudio realizado para el caso de Colombia, reconoce que la Directiva Presidencial N° 10 de 2013, aporta en la resolución de algunos de los cuellos de botella identificados, se plantea la importancia de realizar un seguimiento a los resultados de su implementación en procesos concretos de consulta previa en el mediano y largo



plazo, con el fin de establecer si los resultados responden a los objetivos planteados al momento de dictarse, y a las necesidades y expectativas del resto de los actores participantes.

▼ 4. Proyecto de Ley Estatutaria sobre Consulta Previa

276. El estudio realizado plantea la necesidad de avanzar en la discusión sobre un Proyecto de Ley Estatutaria que regule el derecho a la consulta previa entregando mayor fuerza y directrices claras en la implementación de la consulta.

▼ 5. Sobre el manejo económico de la consulta

277. El ICP reconoce que la adecuación y fortalecimiento del aparato institucional para la consulta previa, demanda una importante necesidad de recursos para las entidades y dependencias que participan en los procesos. Avanzar en el desarrollo de esta idea requiere pensar en esquemas de financiación sostenibles, de tal forma que el Estado pueda garantizar la continuidad y celeridad en los procesos de consulta previa.

278. De igual manera, se considera importante diseñar mecanismos o implementar prácticas que permitan mantener la contratación de asesores para las comunidades en condiciones de mercado. Si bien estos cumplen un papel importante en la disminución de las asimetrías de información entre las partes, subsiste en el sector privado la preocupación respecto a los cuantiosos honorarios exigidos para estas contrataciones.

▼ 6. Terceros acompañantes imparciales

279. A su vez, los investigadores en el caso de Colombia indican que durante la etapa de entrevistas con actores clave, fue expresada reiteradamente la posibilidad de vincular en calidad de “*terceros acompañantes imparciales*” a centros de conocimiento con capacidad e idoneidad para apoyar el entendimiento de las partes involucradas en el proceso de consulta previa y disminuir la asimetría en la información.

Costa Rica y Guatemala (Recomendaciones Comunes)

▼ 1. Regular la consulta previa a través de un procedimiento de consulta oficial, sencillo, y validado por las comunidades indígenas.

280. El investigador recomienda que se avance en la regulación de la consulta previa a través de normativas que tengan las siguientes características:

- ▼ Que contenga una clara rectoría política (responsabilidad política) con suficiente poder político en el manejo de conflictos sociales complejos.
- ▼ Que no genere mucha burocracia, sino que facilite la toma de decisiones intergubernamentales y sobre los proyectos objeto de la medida administrativa.
- ▼ Que cuente con un órgano colegiado que “*administre*” el proceso de consulta, pero que sea ágil y efectivo en la toma de decisiones.
- ▼ Que sea sensible tanto a las pueblos indígenas, la interculturalidad, y también a las necesidades de las empresas, especialmente de aquellas pequeñas que no tienen la capacidad de “*soportar*” largos y complejos procesos de consulta previa.
- ▼ Que establezca tiempos razonables y un límite temporal para construir el consenso.

- ▼ Que defina con la mayor precisión posible el momento de la consulta previa, teniendo claro que debería ser en etapas muy tempranas, pero a la vez suficientemente maduras de un proyecto. También establece que durante los estudios de impacto ambiental, cuando aplique, es un momento idóneo.
- ▼ Que contemple un principio de consulta previa única. Es fundamental y urgente evitar que un mismo proyecto sea sometido a múltiples consultas en virtud de múltiples medidas de diversos órganos (o incluso uno mismo), pero directamente relacionadas.
- ▼ Que construya capacidades estatales para facilitar diálogos interculturales.
- ▼ Que atienda factores críticos de interculturalidad e igualdad relativa entre los dialogantes, especialmente si se diseña y ejecuta bajo los parámetros burocráticos típicos del mundo no indígena, sin considerar las características propias de los pueblos indígenas, su contexto cultural, social y organizacional.
- ▼ Que contemple mecanismos de desbloqueo de la negociación como los utilizados en Colombia a través del “Test de proporcionalidad”.
- ▼ **2. Formar y asesorar adecuadamente a todas las partes en construcción de consensos y colaboración, diálogo intercultural y negociación.**

281. Se requiere avanzar en la formación de las partes en relación al diálogo intercultural. Esto debe considerar tanto a los pueblos indígenas, como a los funcionarios públicos que deben aplicar el Convenio no solo para la consulta, sino también para detectar cuando debe realizarse un proceso de este tipo.

282. A su vez, en el estudio de Costa Rica y Guatemala se destaca la importancia y necesidad de desarrollar un intenso programa de facilitación de diálogos interculturales según los parámetros del Convenio núm. 169, considerando las competencias específicamente requeridas, siendo complementado con aspectos jurídicos.

▼ **3. Parámetros concretos de buenas prácticas de aplicación de la consulta previa.**

283. Contar con información que dé cuenta de los contenidos recomendables para la elaboración y dictación de regulaciones nacionales de consulta, es clave para avanzar en la implementación y no siempre enfrascarse en charlas teóricas y dogmáticas sobre sus principios. Esto requiere de la colaboración de organismos internacionales.

▼ **4. Promover acciones para reconstruir confianza y esperanza sobre la consulta previa.**

284. Se considera imprescindible y urgente lograr procesos de consulta que alcancen acuerdos y resultados positivos para todas las partes, pues permitirá dar cuenta de la efectividad de una consulta. Además de la necesidad de sistematizar y divulgar buenas prácticas e historias de éxito de países que sí tienen regulación y consulta previa oficial.

▼ **5. Inversión en relacionamiento estratégico con las comunidades indígenas.**

285. Ante la ausencia de regulación oficial sobre la consulta previa y aun cuando esta llegue a instalarse en un futuro cercano, se considera clave que las empresas puedan diseñar planes corporativos, capacitarse y preparar equipos estratégicos y específicos, para abordar la relación con las comunidades indígenas, usando parámetros y buenas prácticas (*Stakeholders Engagement Approach*), como parte de sus estrategias de sostenibilidad corporativa. Esto, bajo el reconocimiento, ex ante, de que todo proyecto genera impactos socio ambientales aun cuando sean menores.



▼ 6. Disminuir el antagonismo y la radicalidad de los discursos.

286. Actuar pronta, urgente, inteligente y creativamente para disminuir estas brechas y acercar estos polos a través de procesos de entendimiento y comprensión mutua. Para ello, es fundamental desideologizar el debate sobre el desarrollo, y enseñar a las partes a conocerse, ver los proyectos en detalle, sin prejuicios o generalizaciones.

Costa Rica

▼ 1. La consulta previa más allá del PH Diquís.

287. Aun cuando el proyecto PH Diquís será probablemente el primer proyecto consultado en Costa Rica, se recomienda comprender que el diseño de la consulta previa y de una eventual regulación a nivel nacional, no debe inspirarse únicamente en el caso de Diquís, puesto que dicho proyecto es de carácter excepcional. De esta forma es vital comprender que la urgencia de regular un procedimiento oficial de consulta previa, debe realizarse al margen de este proyecto, viéndolo con buena técnica de regulación guiada por situaciones generales y no hacerse para casos específicos.

▼ 2. No supeditar la implementación de la consulta a otras temáticas.

288. El estudio de Costa Rica releva como cuestión importante que el país y sus autoridades no supediten la decisión política sobre la implementación de la consulta previa del PH Diquís a la discusión de nuevas “*mega-agendas de desarrollo de la Zona Sur*”. FUNPADEM propone diseñar una consulta previa y aplicarla tanto para este caso, como para otras materias, independiente del diálogo que se realice para abordar las demandas históricas postergadas de los pueblos indígenas.

▼ 3. Establecer un claro rector político de la consulta previa oficial.

289. Se propone crear un organismo rector de la consulta, que sea cercano a la Casa Presidencial. El estudio recomienda que este organismo se encuentre en el Ministerio de la Presidencia, en coordinación con el Ministerio de Trabajo en su operación técnica, por ser este último el único ente público con experiencia acumulada relevante para facilitar diálogos complejos como estos.

▼ 4. Aprovechar expertise del Viceministerio de Paz.

290. Se considera importante que al momento de avanzar en la consulta y los procesos de diálogo, así como también al momento de diseñar instrumentos y regulaciones para la consulta previa, se aproveche el expertise de instituciones como la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC), en diálogos complejos, como facilitador, co-facilitador y/o líder de equipos interinstitucionales para efectuar la consulta previa.

Guatemala

▼ 1. Apoyar el proceso del protocolo de consulta previa.

291. En Guatemala se destaca la importancia de apoyar el proceso de construcción de consensos que ha llevado el Ministerio de Trabajo en la elaboración del protocolo de consulta.

▼ 2. Sistematizar buenas prácticas.

292. Se recomienda sistematizar en profundidad y divulgar buenas prácticas e historias de éxito de diálogo intercultural empresas – comunidades indígenas, que



aunque no son consultas oficiales de acuerdo al Convenio núm. 169, muestran rutas a seguir.

▼ 3. Promocionar diálogos para restituir confianzas.

293. Se considera como acción relevante a implementar en Guatemala, el desarrollo de medidas urgentes y creativas para restituir la confianza entre los actores claves. En este contexto una medida podría por considerar el establecimiento de una mesa de diálogo de alto nivel facilitada directamente por la OIT, en donde se genere un clima de franqueza que permita decirse en la mesa las verdades que usualmente no se dicen sobre el tema.

▼ 4. Asistencia técnica para establecer un diálogo franco y directo con los actores políticos que han tenido directo protagonismo en esta conflictividad.

294. En Guatemala, el estudio arroja la necesidad de *“neutralizar, en la medida de la posible, que el tema de la consulta previa siga siendo un “incentivo perfecto” para plataformas electorales, especialmente ilegítimas en términos democráticos y éticos.”*

Chile

▼ 1. Recursos para implementar la consulta.

295. En el caso de Chile se releva la importancia de establecer presupuestos específicos que le permitan al Estado implementar procesos de consulta de manera responsable, poniendo a disposición del proceso, lo necesario para que se desarrolle de acuerdo a los principios establecidos en el Convenio núm. 169 de la OIT.

▼ 2. Asesoría pueblos indígenas

296. Diseñar mecanismos que permitan dar respuesta oportuna a los requerimientos de asesoría de las organizaciones indígenas. Además se considera importante avanzar en un sistema de capacitaciones para que las organizaciones indígenas puedan formar asesores entre sus propios miembros, o a través de la creación de un fondo para la contratación transparente y responsable de estos asesores.

▼ 3. Alcance de la resolución que da inicio a una consulta previa

297. Definir el alcance de la resolución de inicio de un proceso de consulta. En muchas ocasiones las organizaciones reclaman no haber sido invitadas a participar del proceso. Para esto podría ser útil, definir un plazo desde la convocatoria, que permita que una organización se sume a una consulta desde la primera etapa.

▼ 4. Iniciar consultas de forma temprana

298. Iniciar las consultas lo más tempranamente posible, apenas sea identificada la procedencia y de forma paralela al proceso de participación ciudadana, entregando mayor coordinación y correlación a los ajustes que sean realizados a un proyecto.

299. A su vez se propone estudiar un mecanismo voluntario para promover la aplicación temprana de la consulta indígena, que contemple la participación del Estado en estos procesos, aun cuando se realicen previamente a la solicitud de la autorización de una medida. Esto puede considerar la posibilidad de activar de manera voluntaria procesos de consulta en el SEIA, aun antes de haber ingresado los proyectos a evaluación ambiental, para que se pueda discutir el diseño del proyecto y no solo las medidas de compensación.



300. De todas formas, se considera importante que los procesos finalicen al interior del SEIA, ya que esto da coherencia al resultado, pues en caso contrario, si la consulta se realiza previo a la evaluación ambiental de un proyecto, puede resultar en acuerdos que sean inviables al momento de evaluar ambientalmente el proyecto. De esta forma, dada la íntima relación entre lo ambiental y lo indígena, se considera que estos deben estar siempre relacionados, aun cuando la consulta se inicie anteriormente.

▼ **5. Uniformar criterios sobre la implementación de la consulta**

301. Elaborar guías de aplicación que entreguen directrices a los organismos públicos sobre cómo debe cumplirse la obligación de consulta, uniformando criterios lo que logrará un accionar consistente del Estado.

▼ **6. Ente coordinador a nivel central de las consultas previas**

302. Creación de un ente coordinador de la institucionalidad estatal en materia de implementación de consulta indígena, que tenga como responsabilidad coordinar, planificar y programar los procesos de consulta. Adicionalmente este organismo debería unificar y proponer criterios sobre el análisis de la procedencia de consulta de determinadas medidas, fortaleciendo de esta forma, las bases que los sustentan. Eventualmente se podría estudiar la factibilidad de que este organismo ejecute las consultas, de la misma forma que sucede en Colombia con la DCP.

▼ **7. Espacios formales para que titulares de proyectos participen en la consulta.**

303. Se recomienda incorporar a los titulares de proyectos en las distintas etapas de los procesos de consulta para que efectivamente pueda desarrollarse un diálogo intercultural, propiciando a su vez los acuerdos y entendimientos entre las partes.

▼ **8. Promover consensos y resolver las demandas históricas**

304. Sobre las materias en las que aún no existe consenso con los pueblos indígenas, relacionadas a la afectación y los tipos de medidas que deben consultarse, se recomienda impulsar diálogos para profundizar en estas definiciones, incorporando representantes de los diversos sectores: Estado, pueblos indígenas y sociedad en general, incorporando también a los sectores productivos, para alcanzar consensos representativos.

305. A su vez, se hace necesario que el Estado impulse procesos de diálogos permanentes e institucionalizados, que no digan relación con un Gobierno, sino sobre la responsabilidad del Estado con los pueblos indígenas. Estos espacios deben buscar responder las necesidades y preocupaciones históricas y cotidianas de los pueblos indígenas, como también, establecer mecanismos adecuados a los territorios para que los procesos de consulta que se desarrollen en ellos, respeten la realidad local.

▼ **9. Difusión, capacitación y formación en torno al Convenio núm. 169**

306. Dada las brechas de información sobre el Convenio núm. 169 y sus alcances, evidenciadas en todos los actores involucrados, se considera relevante impulsar procesos de información y capacitación al respecto. Estos procesos deben contar tanto con expertos sobre el Convenio núm. 169, como también con la asistencia técnica de especialistas que conozcan la realidad de los pueblos indígenas, idealmente miembros de los pueblos indígenas.

307. A su vez se requiere capacitar a los funcionarios del Estado en materias como el diálogo intercultural, la cosmovisión indígena, y sobre procesos de negociación y resolución de conflictos. Esto permitirá que los procesos de consulta sean más eficientes y adecuados.



308. En este contexto llama la atención la ausencia de asistencia técnica que ha tenido la Organización Internacional del Trabajo, para con los Gobiernos, en la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, durante la aplicación de este instrumento, lo que ha aumentado las brechas de información. De esta forma se concluye que es necesario que la OIT participe y apoye a los gobiernos en estos procesos de capacitación y formación.

▼ **10. Apoyar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas**

309. Contar con contrapartes más capacitadas, empoderadas y menos fragmentadas, facilita el diálogo y los acuerdos. Por esta razón, se propone que los gobiernos puedan impulsar mecanismos de fortalecimiento organizacional indígena en todos los niveles, considerando especialmente la diversidad de los pueblos indígenas en los espacios de representación y participación.

310. Respecto de los procesos nacionales, se considera interesante la creación de los Consejos de Pueblos que han sido propuestos en sucesivos gobiernos, pues podría facilitar el desarrollo de procesos nacionales, siempre que sean adecuados, reconocidos y validados por los miembros de los pueblos indígenas.

▼ **11. Comunidades como socios estratégicos de los desarrolladores de proyectos**

311. Se recomienda que las medidas implementadas y propuestas por los titulares de proyectos durante los procesos de consulta, consideren a las organizaciones indígenas en un proceso asociativo de corto, mediano y largo plazo.

▼ **12. Sistematización y consolidación de información sobre los pueblos indígenas**

312. Se recomienda que el Estado sistematice y consolide la información existente sobre los pueblos indígenas en Chile, de manera de establecer una base de información que sea puesta a disposición de la sociedad, para contar con información validada y objetiva respecto de las organizaciones indígenas, sus actividades, usos y tradiciones, así como también de los sitios de significación cultural, sus relaciones con los territorios y las reclamaciones territoriales. Para la elaboración de esta línea de base, existen antecedentes que actualmente se encuentran dispersos en diversos organismos públicos, y su consolidación fortalecería la visibilización de los pueblos indígenas y de los procesos.

▼ **13. Seguimiento en la implementación de la consulta previa**

313. Se recomienda la elaboración de un informe anual, que dé cuenta de la evolución en la implementación de la consulta previa, compilando procesos y experiencias. En este contexto se considera relevante que el Estado estudie la creación de un sistema digital y en línea, tipo sitio web, que permita conocer el estado de cada uno de los procesos de consulta, sus actividades, acuerdos y resultados.



6 | SITUACIÓN REGIONAL



61 SITUACIÓN REGIONAL

314. El primer país en ratificar el Convenio núm. 169 en América Latina fue México el año 1990. Al día de hoy, 15 de los 22 países que han ratificado el Convenio corresponden a países de la región, siendo Nicaragua el último país en ratificarlo el año 2010. Esto transforma, al Convenio en un instrumento prácticamente de carácter regional, pues es en América Latina donde se ha configurado su realidad de implementación.

Normativas Nacionales

315. De los 15 países de América Latina que han ratificado el Convenio, solo en 6 de ellos se han dictado regulaciones internas para favorecer la implementación de la consulta previa. De esta forma la realidad jurídica específica de implementación de la consulta previa en los diversos países de la región se configura de acuerdo al siguiente cuadro:

Cuadro 10: Regulaciones Consulta Previa Convenio núm. 169 por país en América Latina

#	Países	Regulación Consulta Previa
1	Argentina	Algunas provincias tienen disposiciones relativas a la consulta previa del C169
2	Bolivia	Constitución de la Republica Artículo 30/II-2009: Consagra la Consulta Previa. Decreto Supremo 29033/2007 Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas
3	Brasil	Decreto núm. 7747 de 2012: Estableció una Política Nacional de Gestión Ambiental y Territorial de Tierras Indígenas (PNGATI). No existe regulación específica en relación a la consulta previa del Convenio núm. 169 de la OIT
4	Chile	Decreto Supremo N° 66/2014 Ministerio de Desarrollo Social: Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena del C169. Decreto Supremo N° 40/2013 Ministerio de Medio Ambiente: Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Incorpora la consulta previa en los proyectos de inversión que son evaluados ambientalmente.
5	Colombia	Constitución Política de la República: Artículo 330/1991 Decreto 1320/1998, Reglamenta la consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorio indígena. Directiva Presidencial N° 10/2013 Guía para la realización de la consulta previa
6	Costa Rica	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
7	Dominica	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
8	Ecuador	Constitución Política de la República: Artículo 57 y 398/2008 Decreto Ejecutivo 3401/2002 Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas
9	Guatemala	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
10	Honduras	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
11	México	Constitución Política de la Republica: Artículo 2 La mayoría de los estados reconoce el derecho a la consulta (constituciones locales o en leyes específicas en materia de derechos indígenas). Destaca la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis de Potosí / 2010
12	Nicaragua	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169 Ley General del Ambiente, artículo 4, numeral 4: Dispone que el Estado debe reconocer y prestar apoyo a los pueblos y comunidades indígenas, en sus actividades para la preservación del medio ambiente y uso sostenible de los recursos naturales. Estatuto de la autonomía - artículo 9: Dispone que en la explotación racional de los recursos mineros, forestales, pesqueros y otros recursos naturales de las regiones autónomas, se reconocerán los derechos de propiedad sobre las tierras comunales.

(continúa...)

#	Países	Regulación Consulta Previa
13	Paraguay	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
		Resolución núm. 2039/10: Establece la obligación de solicitar la intervención del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) para todos los procesos de consulta.
14	Perú	Ley 292785/2011 Ley de Derecho a la consulta Previa de acuerdo al C169
		Decreto Supremo 001/2012 Reglamento que regula la implementación de la Ley 292785 de Consulta Previa del C169.
15	Venezuela	No existe regulación específica en relación a la consulta previa del C169
		Ley de Bosques y Gestión Forestal, de 2013, artículos 25 y 26. Establecen la consulta previa con las comunidades indígenas interesadas;
		Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, de 2005 y la Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas, de 2000 también incluyen disposiciones sobre la consulta.

316. En este contexto podemos concluir que la implementación de la consulta previa en América Latina, se encuentra recién en una fase de activación, dado que el grueso de las regulaciones nacionales para favorecer su implementación data del año 2010 en adelante.

317. Por su parte, algunos países de la región que han ratificado el Convenio, pero que aún no han regulado la aplicación de la consulta previa, han considerado una serie de intentos por dictar regulaciones al respecto. De esta forma, Guatemala, México, Costa Rica y Bolivia, son algunos de los países que actualmente están discutiendo posibles instrumentos para regular la consulta previa.

318. Sobre el proceso de implementación a nivel nacional, los estudios de caso desarrollados⁴⁴, muestran que las distintas realidades nacionales sienten la ausencia y demandan un trabajo más activo de parte de la OIT en el apoyo y colaboración a nivel nacional, especialmente en la implementación de la obligación de consulta previa, que permita facilitar una aplicación eficaz. En este contexto si bien la OIT, ha tenido un fuerte trabajo para incentivar la ratificación por parte de los Estados, no tuvo la misma presencia para facilitar su aplicación en los países que lo ratificaron, sobre todo en lo que se refiere a la asistencia técnica para elaborar regulaciones específicas sobre la consulta previa. Esto ha dejado espacio a diversas interpretaciones por parte de otros organismos internacionales, de la sociedad civil y de los Estados, acrecentando en algunos casos la desconfianza y facilitando el desarrollo de procesos de judicialización por estos motivos. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente destaca el *“Manual para los mandantes Tripartitos de la OIT”*⁴⁵, desarrollado por este organismo, como un material muy valioso en el proceso de implementación del Convenio.

319. La situación mencionada anteriormente, es acrecentada por la confusión que produce la coexistencia de distintas normativas, instrumentos y declaraciones que hacen referencia a la temática indígena y a la consulta previa, y que no han conciliado sus definiciones, o al menos existen distintas interpretaciones sobre sus alcances, incluso entre los propios organismos internacionales. En este sentido, la permanente comparación que realizan algunas organizaciones internacionales y también organizaciones de la sociedad civil, sobre los alcances del Convenio núm. 169, especialmente en lo que se refiere al “concepto de consentimiento previo, libre e informado”, que sólo se ha establecido en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, comúnmente denominado

⁴⁴ Estudios de Caso: Colombia, Costa Rica, Guatemala y Chile.

⁴⁵ http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm



“derecho a veto”⁴⁶, genera confusión y sobre expectativas. Esta confusión se da en general, pues se utilizan para estas interpretaciones los conceptos establecidos en dicha Declaración por sobre los conceptos definidos en el Convenio núm. 169 y por la propia Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, lo que finalmente redundará en desconfianzas que entorpecen la aplicación de estos instrumentos.

320. En particular, los Estudios de Caso realizados para los distintos países, evidencian de forma común una preocupación sobre la tensión que se genera a partir de intervenciones de algunos organismos internacionales, llamados a generar consensos entre las partes y colaborar con los países para que puedan aplicar correctamente estos instrumentos en pro de la defensa y protección de los derechos humanos, como lo son la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Oficina del Relator de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues en muchos casos, se priorizan discusiones que desvían la atención de los aspectos relevantes del Convenio, lo que no facilita su aplicación. En algunos casos, parece ser que estos organismos compiten entre sí, y tensionan la interpretación de los aspectos relativos al Convenio, poniendo en la balanza el peso relativo y valor que tienen los diversos instrumentos internacionales vigentes en materia indígena. De esta forma, los estudios de caso realizados para los distintos países, concluyen de manera común que la vocería activa de estas oficinas internacionales interpretando los conceptos del Convenio núm. 169, bajo los parámetros establecidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, genera confusión, la que se acrecienta por la ausencia de la OIT en estos debates, pronunciamientos y aclaraciones, dejando entonces la interpretación de los conceptos contenidos en el Convenio núm. 169 al arbitrio de otros organismos.

321. A continuación se revisarán brevemente los principales antecedentes normativos en referencia a la consulta previa en distintos países de Latinoamérica.

▼ 1. Colombia - Constitución Política, artículo 330, párrafo final

322. La constitución incorpora la consulta previa de la siguiente manera: *“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”*

▼ 2. Colombia - Decreto 1320 que reglamenta la consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorio indígena, artículo 2

323. De acuerdo a este decreto *“La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.”*

▼ 3. México - Constitución Política, artículo 2, letra B, numeral IX. (Incorporado el 2001)

⁴⁶ El artículo 16 del Convenio, reconoce, en el traslado y la reubicación de los pueblos interesados, una causal para la cual el consentimiento es particularmente necesario. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo del Convenio también señala que cuando no pueda obtenerse el consentimiento, pero el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas se considere necesaria, esta acción igualmente puede implementarse sin su consentimiento. Para ello el Convenio señala que esto solo debe ocurrir 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.



324. La constitución de México incorpora la consulta previa de la siguiente manera: *“Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.*

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.”

▼ **4. México - Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis de Potosí**

325. De acuerdo al artículo 9, serán objeto de consulta las siguientes medidas: *“I. El Plan Estatal de Desarrollo; II. Los planes municipales de desarrollo; III. Los planes de Desarrollo Urbano, y de centro estratégico de población, cuando afecten el territorio correspondiente a las comunidades indígenas; IV. Las iniciativas de Ley o de reforma de Ley en materia indígena, con excepción de las relativas a la materia fiscal y presupuestaria, así como las que se refieran a adecuaciones de normas ya previstas, o cuando sean notoriamente improcedentes; V. Los planes y programas de desarrollo estatales y municipales, relacionados a pueblos y comunidades indígenas; VI. El otorgamiento de concesiones, contratos, y demás instrumentos jurídicos que afecten el uso y disfrute de sus tierras o recursos naturales, y VII. Las propuestas de reformas institucionales de los organismos públicos especializados en su atención.”*

▼ **5. Bolivia - Constitución Política, artículo 30, numeral II, número 15, 16 y 17:**

326. De acuerdo a la constitución de Bolivia las naciones y pueblos indígenas gozan, entre otros, de los siguientes derechos: *“15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.”*

▼ **6. Bolivia - Decreto Supremo N° 29033 que regula la consulta y participación de los pueblos indígenas en la evaluación de actividades hidrocarburíferas, artículo 3.**

327. El artículo 3 de dicho decreto establece que *“El proceso de Consulta y Participación se aplicará de manera previa, obligatoria, oportuna y de buena fe, cada vez que se pretenda desarrollar todas la actividades hidrocarburíferas detalladas en el Artículo 31 de la Ley N° 3058 en tierras comunitarias de origen, propiedades comunarias y tierras de ocupación y acceso tradicional de los Pueblos Indígenas y originarios y Comunidades campesinas, respetando su territorialidad, usos y costumbres en todo el territorio nacional.”*



▼ 7. Perú – Ley N°292785 derecho a consulta previa a los pueblos indígenas, artículo 2.

328. De acuerdo al artículo 2, el derecho a la consulta es: *“Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. (...)”*

▼ 8. Perú – Decreto Supremo N°001 que regula la ley de consulta previa, artículo 3.

329. El artículo 3, letra b), establece que se considerará afectación directa cuando: *“una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”*

330. Respecto de los derechos colectivos, el mismo artículo en su letra f, reconoce como: *“Derecho que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural”*

331. Además este mismo artículo en la letra i), define que las medidas administrativas a consultar son: *“Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. “*

▼ 9. Ecuador – Constitución Política, artículos 57 y 398

332. El artículo 57, numeral 6 y 7 de la Constitución reconocen, entre otros, como derecho colectivo de los pueblos indígenas de Ecuador los siguientes: *“6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.”*

333. Adicionalmente, el artículo 398 de la Constitución establece que *“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.*





El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.”

▼ 10. Ecuador – Decreto Ejecutivo 3401, Reglamento Consulta Actividades Hidrocarburíferas.

334. De acuerdo al artículo 8 del decreto, se establece una “consulta pre - licitatoria a pueblos indígenas” y que tiene por objeto:

“a) Contar previamente con los criterios, comentarios, opiniones y propuestas de los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos que habiten en el área de influencia directa del bloque a licitarse relativos a los impactos socio - ambientales positivos y/o negativos que pueda causar en sus territorios la realización de los planes y programas que se desprendan de las licitaciones petroleras y de la suscripción de los correspondientes contratos de exploración y explotación;

b) Recibir criterios sobre las estrategias y medidas socio-ambientales generales de prevención, mitigación, control, compensación y rehabilitación relativas a los impactos socio - ambientales negativos, así como de impulso a los impactos socio - ambientales positivos, que deberá considerar el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones en la realización de los procesos licitatorios petroleros, la adjudicación y suscripción de contratos y las actividades de control de ejecución de los mismos; y,

c) Contar con los criterios sobre los mecanismos de participación de los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos que habiten en el área de influencia directa del bloque a licitarse, a través de sus organizaciones representativas, en la ejecución de las medidas socio - ambientales de prevención, mitigación, compensación, control y rehabilitación relacionadas con los impactos socio - ambientales negativos así como de impulso a los impactos socio - ambientales positivos que se causen en sus territorios a causa de la realización de las actividades hidrocarburíferas que se desprendan de las licitaciones petroleras y de la suscripción de los correspondientes contratos de exploración y explotación.

La información que obtenga el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones de estas consultas será incluida en las bases de licitación y otras secciones aplicables de la documentación pre - licitatoria, de ser técnica y económicamente viables y legalmente procedentes y conforme lo dispone el artículo 40 de este reglamento.”

335. Adicionalmente, el artículo 10 establece la “consulta previa de ejecución a pueblos indígenas”, y que busca “contar previamente con los criterios, comentarios, opiniones y propuestas de las comunidades indígenas y afroecuatorianas que se encuentren en el área de influencia directa del proyecto, sobre los impactos socio - ambientales positivos y/o negativos específicos que pueda causar la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como determinar las medidas socio - ambientales de prevención, mitigación, control, compensación y rehabilitación relacionadas con los impactos socio - ambientales negativos, así como de impulso a los impactos socio - ambientales positivos, que, de ser técnica y económicamente viables y legalmente procedentes, se incorporarán en el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental, incluido el Plan de Relaciones Comunitarias.”.



▼ 11. Chile – Decreto Supremo 66 Ministerio de Desarrollo Social, que regula la consulta a los pueblos indígenas.

336. El artículo 7, establece que *“Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. (...) Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas. (...)”*

337. Adicionalmente el artículo 8 de esta normativa establece que la consulta previa para los proyectos de inversión que son evaluados ambientalmente debe seguir el siguiente procedimiento: *“Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.*

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300. (...)”

▼ 12. Chile – Decreto Supremo 40 Ministerio de Medio Ambiente que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

338. El artículo 85 de esta normativa establece la Consulta a Pueblos Indígenas, indicando lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, 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. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.*

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar



a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.”

Institucionalidad en América Latina en materia de consulta previa

339. En relación a la institucionalidad pública especialmente avocada a la consulta previa, salvo el caso de Colombia en el cual se creó un organismo específico para la implementación de los procesos de consulta, el resto de los países no cuenta con una institucionalidad especialmente dedicada a estos efectos, sino que esta función le corresponde a los organismos del Estado relacionados con la temática indígena, o al organismo público responsable de dictar la medida administrativa que sea necesario consultar. A continuación se revisará cómo se organizan algunos Estados de la región para atender la consulta previa.

340. En el caso de Colombia, destaca la existencia de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. De acuerdo al Decreto N° 1320 de 1998, el Ministerio del Interior tiene la responsabilidad de la Consulta Previa, y mediante el Decreto 2893 de 2011, se crea esta dirección. La Dirección de Consulta Previa es la responsable de certificar la presencia de comunidades étnicas para un proceso de consulta, y posteriormente también es la responsable de dirigir y coordinar los procesos de consulta previa que se requieran implementar. El costo de la consulta previa es responsabilidad de los privados.

341. En el caso de Perú, el Vice Ministerio de Interculturalidad, dependiente del Ministerio de Cultura, tiene la responsabilidad de brindar asistencia técnica a las entidades estatales promotoras de procesos de consulta, y a los pueblos indígenas. Para esto se creó la Dirección de Consulta Previa⁴⁷ en este Vice Ministerio. Las entidades promotoras son las entidades estatales responsables de dictar las medidas que deben ser objeto de consulta. Por tanto son estas entidades quienes deben identificar las medidas a ser consultadas, así como también el momento de la consulta y verificar la información en terreno. Además los organismos promotores son las entidades que deben asumir el costo de desarrollar los procesos de consulta, así como también de implementarlos.

342. Tanto en el caso de Chile como Perú, el responsable de implementar la consulta previa (ejecutarla y financiarla), es la entidad pública promotora de la medida, ósea la responsable de dictar, aprobar o rechazar determinado proyecto, permiso o actividad.

343. En particular, en el caso de Chile, la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, es la responsable de asesorar a los organismos públicos en la identificación de una medida que deba ser consultada, asesorando en la implementación de los procesos de consulta. Para estos efectos, esta Subsecretaría de Estado, creó la Unidad de Asuntos Indígenas, que cumple el rol de asesorar a los organismos públicos en materia de consulta previa.

344. En el resto de los países, si bien hay escasa experiencia en consulta previa, en general el responsable de implementarla es el organismo público responsable de dictar,

⁴⁷ <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/>



aprobar o rechazar determinada medida, permiso o concesión, pero no consideran la existencia de un organismo especialmente orientado a esta implementación o asesoría.

Implementación de los procesos de consulta previa en la región

345. Si bien en el capítulo III de este documento, se revisó la implementación de los procesos de consulta en 4 países, cabe destacar que existen también otros países de la región que han implementado procesos de consulta previa.

346. En particular, destaca el caso de Perú, que de acuerdo a la información presentada por el Ministerio de Cultura de Perú, a octubre de 2014⁴⁸ se habían implementado 16 procesos de consulta previa, de los cuales 8 correspondían a áreas naturales, 6 a proyectos de hidrocarburos, y 2 a temáticas de carácter nacional.

347. Por otra parte, Ecuador y Bolivia también han desarrollado procesos de consulta en el marco de proyectos de hidrocarburos e infraestructura. Particularmente en el caso de Ecuador, la consulta previa de la Ronda Suroriente Ecuador, en la cual, de acuerdo a la información publicada por la Secretaría de Hidrocarburos, fueron consultados los pueblos y nacionalidades indígenas asentados en las áreas de influencia de los 13 bloques petroleros ubicados en las provincias de Pastaza, Morona Santiago y parte de Napo y Orellana, y cuyo proceso habría finalizado el año 2012. En el caso de Bolivia el caso más emblemático corresponde a la consulta realizada para la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, cuyo trazado preveía la división en dos partes del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure (TIPNIS) creado en 1965 y reconocido territorio indígena en 1990, que tiene un alto nivel de biodiversidad y donde viven tres pueblos indígenas: Yuracarés, Mojeños – Trinitario y Chimanés.

348. De todas formas cabe reconocer que la aplicación de la consulta previa en los diversos países de Latinoamérica, ha ido de la mano con un proceso de judicialización especialmente por la ausencia de consulta en la aprobación de medidas administrativas, legislativas y proyectos de inversión, que han sido cuestionados judicial o constitucionalmente. Esta situación ha precipitado la discusión sobre regulaciones ad hoc en cada país, que aborden la interpretación de algunos conceptos contenidos en el Convenio núm. 169 de la OIT en relación a la consulta previa, que son de carácter genérico y se prestan para diversas interpretaciones. Esta discusión sobre regulaciones nacionales, y los procesos de judicialización, a su vez ha significado que en los últimos años ha aumentado notablemente la implementación de los procesos de consulta previa.

349. Si bien, existe un aumento significativo de los procesos de consulta previa implementados en los últimos años, esto no necesariamente ha significado una disminución en la judicialización de las medidas consultadas, pues aún existen importantes diferencias de criterios e interpretaciones respecto de las obligaciones contenidas en el Convenio núm. 169, como sobre las expectativas de resultados de los procesos de consulta, cuestionamientos a las metodologías utilizadas, entre otros. La asistencia técnica de la OIT se considera de especial necesidad, con la sistematización y difusión de las experiencias en materia de consulta previa en los diversos países, dando a conocer los casos de éxito, las buenas prácticas, y también las lecciones aprendidas a través de los años de implementación.

⁴⁸ Presentación realizada en las oficinas de la OIT en Lima, Octubre de 2014, en el marco de la reunión regional de la OIT.

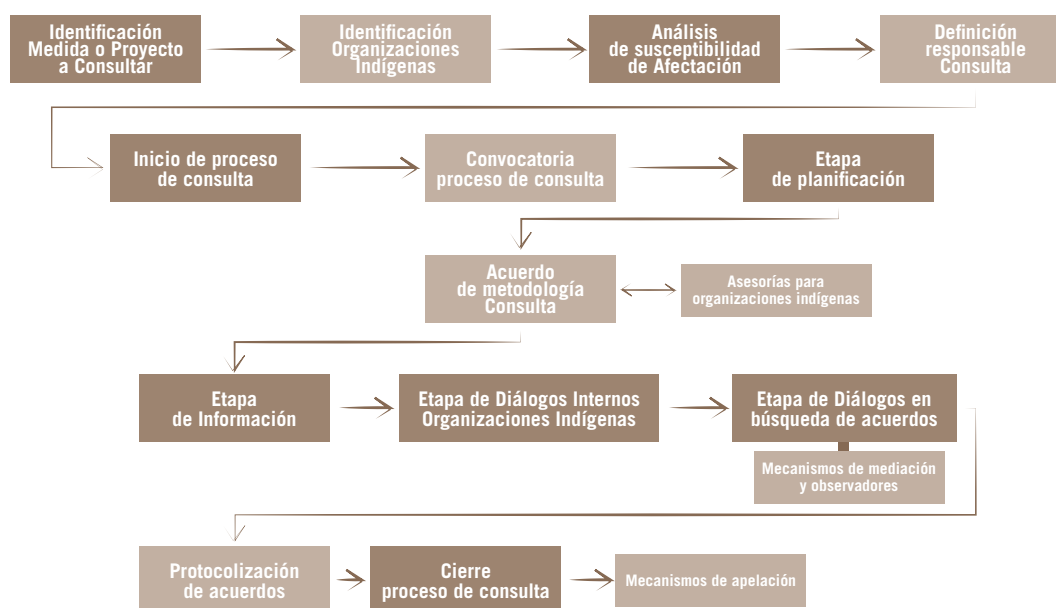


Similitudes procesos de consulta

350. La implementación de la consulta en los diversos países, ha seguido patrones comunes respecto de las etapas que consideran los procesos de consulta previa, lo que se ve reflejado en que las normativas establecidas en los diferentes países, contienen etapas similares para la implementación de las consultas previas.

351. Para ejemplificar esta situación, a continuación se presentará un cuadro que contiene un flujograma que da cuenta de manera genérica, como los países han abordado la consulta previa. El primer paso es la identificación de la medida a consultar, luego se revisa la existencia de comunidades y organizaciones indígenas en el área en donde esta medida o proyecto producirá efectos. Una vez conocidos estos antecedentes, se analiza si esta medida o proyecto genera efectos sobre las comunidades. En caso que esto sea efectivo, se inicia el proceso de consulta, que en general considera etapas de convocatoria, planificación, información, diálogos internos entre las propias organizaciones indígenas, diálogos con el Estado y con las empresas, para finalmente pasar a la etapa de protocolización de acuerdos y cierre del proceso de consulta.

Cuadro 11: Flujograma proceso de consulta



352. En Colombia y Chile, se contempla como primer paso para una consulta, la etapa de convocatoria, luego un proceso de planificación en el cual se establecen acuerdos metodológicos con los pueblos indígenas para implementar la consulta previa y luego etapas de información.

353. A su vez, en el caso de Chile y Perú, ambos contemplan una etapa de evaluación interna de los pueblos indígenas respecto de la medida que este siendo objeto de consulta, que se desarrolla luego de que los pueblos indígenas hayan recibido la información respecto de la medida o proyecto. Este espacio debe ser facilitado por el Estado, logística y financieramente, para que las organizaciones puedan reunirse, y discutir de acuerdo a sus propias realidades y tradiciones.

354. Los procesos establecidos en los tres países anteriormente señalados, consideran etapas de diálogo para alcanzar acuerdos. En esta etapa participan los pueblos indígenas, las autoridades respectivas y en algunos casos el titular del proyecto de inversión.

355. Finalmente, también se contempla en todos los casos un informe final, luego de realizada la etapa de diálogo, habiéndose o no llegado a acuerdos. Recién en este instante finaliza el proceso de consulta.

Dificultad en la implementación de la obligación de consulta del Estado en la región

356. Si bien cada país tiene particularidades en la aplicación de la consulta previa, la revisión de los estudios realizados, y la información recopilada para el resto de los países de la región, da cuenta de dificultades comunes que trascienden la realidad local. Las dificultades comunes identificadas son las siguientes:

▼ 1. Desconfianza entre las partes actores.

357. Los altos niveles de desconfianza entre las partes que deben interactuar en una consulta previa (Estado, pueblos indígenas y privados), dificulta los procesos de diálogo y generación de acuerdos. En muchos casos, los pueblos indígenas condicionan su participación en los procesos al cumplimiento de determinadas demandas, que no se relacionan con la consulta propiamente tal, sino con demandas históricas de los pueblos indígenas. Esto retrasa la implementación de los procesos de consulta, y hace muy difícil que estos se desarrollen de forma efectiva.

358. A su vez la ausencia de otros espacios de diálogo permanentes entre el Estado y los pueblos indígenas, hace que la consulta sea el único espacio donde se pretenden solucionar todas las temáticas que dividen al Estado de los pueblos indígenas.

▼ 2. Ausencia de información sistematizada sobre los pueblos indígenas

359. En la mayoría de los países, la falta de información sobre los pueblos indígenas, sus tradiciones, usos, actividades y sitios de significación cultural, dificulta la identificación de la afectación que determinado proyecto o medida pueda producir sobre dichos pueblos, lo que resulta en la no aplicación oportuna de la consulta previa.

360. A su vez, esta falta de información validada y consolidada, es utilizada en algunos casos por organizaciones indígenas que se crean solo para obtener beneficios a través de procesos de consulta previa, o como medio para oponerse a determinado proyecto, aun cuando dicha organización no tenga una representatividad real o sea realmente afectada.

▼ 3. Altos costos en la implementación de las consultas

361. Aun cuando los procesos de consulta varían para cada país, en promedio un proceso de consulta se desarrolla por más de 8 o 10 meses, lo que hace que su implementación tenga altos costos en traslados, alimentación, recursos humanos, entre otros. Este esfuerzo no ha sido dimensionado aun por los Estados, lo que dificulta la implementación de los procesos de consulta previa, pues en muchos casos debe recurrirse a recursos que no están contemplados para estos efectos.

362. A su vez, los costos se elevan aún más, durante los procesos de consulta cuando las organizaciones indígenas solicitan la contratación de asesores externos para colaborar en el estudio de los proyectos o medidas consultadas. Debido a la ausencia de regulación para estas asesorías, los montos solicitados son muy elevados.



363. Finalmente, de acuerdo a los diversos estudios realizados en la región, la mayoría de las empresas y los propios organismos del Estado, indican que el costo financiero de la consulta previa no solo considera los costos logísticos del proceso propiamente tal, sino que también debe considerar el costo que le significa para el país o la región, el retraso en la implementación de los proyectos con el consiguiente impacto sobre la economía, mano de obra y lucro cesante que resulta de estas demoras. Así también, en el caso específico de los proyectos de energía e infraestructura, el retraso en la evaluación de este tipo de proyectos, por conceptos relacionados a la consulta previa, generan impactos sobre los costos y precios de la energía, y también en materias de conectividad y traslados.

▼ 4. Responsabilidad de financiamiento de la consulta previa

364. Un aspecto relevante en la implementación de la consulta previa, tiene que ver con la definición de quien debe suministrar los recursos para la implementación de la consulta. Mientras en algunos países como Chile, el financiamiento de la consulta previa lo cubre el Estado, en países como Colombia, este financiamiento es de responsabilidad de las empresas. En este contexto, se ha evidenciado que el financiamiento de la consulta por parte de las empresas, despierta suspicacias y desconfianzas en los pueblos indígenas, sobre la transparencia de estos procesos. Al mismo tiempo las empresas consideran que esto es una temática que es de responsabilidad del Estado, y por tanto no les corresponde a ellas asumir estos costos.

▼ 5. Cuestionamiento a la representatividad de los dirigentes y organizaciones indígenas.

365. Un problema importante es también la dificultad que experimentan los pueblos indígenas en torno a la definición de la representatividad y legitimidad de sus autoridades, dadas sus diversas formas de organización. Es por esto que existe una dificultad importante al momento de realizar una consulta previa, pues la representatividad de los líderes indígenas es permanentemente cuestionada por otros dirigentes, que en algunos casos condicionan su participación en el proceso a la exclusión de los otros.

▼ 6. Diferentes expectativas sobre los procesos de consulta y sus resultados.

366. El resultado de una consulta, es en muchos casos el primer tema a discutir al momento de iniciar estos procesos, considerando que existen diversas expectativas sobre su efectividad, especialmente cuando hay diferencias en relación a la vocación del territorio. En este sentido las expectativas sobre el derecho a consentimiento previo que podría entregar la consulta indígena es un tema relevante, pues contrasta con la realidad de la aplicación, lo que incrementa la desconfianza de los pueblos indígenas. En la práctica, el Convenio, en su artículo 16, reconoce en el traslado y la reubicación de los pueblos interesados, una causal para la cual el consentimiento es particularmente necesario. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo del Convenio también señala que cuando no pueda obtenerse el consentimiento, pero el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas se considere necesaria, esta acción igualmente puede implementarse sin su consentimiento. Para ello el Convenio señala que esto solo debe ocurrir 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.

367. Por otra parte, tanto el Estado, como los titulares de proyectos de inversión, han sido lentos en comprender que un proceso de consulta, significa no solo informar y proponer medidas de compensación y/o mitigación, sino que en muchos casos realizar cambios importantes al proyecto o actividad; incorporar a los pueblos indígenas en los beneficios o incluso estar conscientes que luego de un proceso de consulta previa,



puede concluirse que determinado proyecto, actividad o medida, no sea viable o recomendable. En particular, sobre el tema de los beneficios, se percibe que el Estado tiende a transferir la responsabilidad establecida en el artículo N° 15 del Convenio núm. 169, respecto de la obligación de compartir, siempre que sea posible, los beneficios que reporten las actividades de prospección y explotación de recursos naturales, con los pueblos indígenas afectados, a las empresas, siendo que el Convenio es claro, indicando que esta responsabilidad es del Estado.

368. En este último aspecto, se considera que la asistencia técnica que puede entregar la Oficina Internacional del Trabajo a través de la Oficina de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP), toma especial relevancia en la formación y capacitación a las empresas y gremios de empleadores, en lo que se refiere a los desafíos que significan las relaciones interculturales y los procesos de consulta previa.

▼ **7. Falta de estructuras de consulta, procedimientos oficiales y equipos capacitados.**

369. La falta de instructivos específicos homologados para todas las instituciones públicas sobre la aplicación de la consulta indígena, o la falta de claridad de los procedimientos oficiales dificulta aún más la implementación de estos procesos, aumentando la incertidumbre, ya que deja a discreción de funcionarios públicos y de instituciones que son claves en el proceso, la definición de materias relativas al Convenio núm. 169 respecto de dictámenes determinantes para una inversión o proyecto.

370. En el mismo sentido, la ausencia de estructuras especialmente focalizadas en la fiscalización, coordinación e implementación de los procesos de consulta, como también en la asesoría a los diversos organismos del Estado, dificulta aún más la implementación de la consulta previa. Este punto es muy relevante debido a las diferentes interpretaciones que suelen tener los principios del Convenio núm. 169, y el rol que deben tener los distintos actores.

371. Finalmente, una deficiencia importante es la falta de capacitación de los funcionarios públicos en relación al Convenio núm. 169, experiencia en procesos de diálogo y negociación, relaciones interculturales, y en el bajo conocimiento de las características de los pueblos indígenas, lo que termina en una aplicación deficiente de los procesos.

372. En todos los aspectos antes señalados, es fundamental el apoyo que pueda prestar la OIT a los distintos países, tanto por la experiencia acumulada durante el tiempo a raíz de los diversos procesos de diálogo y negociación que ha debido observar y acompañar, como también a través de la sistematización de las distintas experiencias de consulta.

▼ **8. Falta de información sobre el Convenio núm. 169 de la OIT**

373. La falta de conocimiento sobre el Convenio núm. 169, sus implicancias y principios, tanto del Estado como de los pueblos indígenas, la sociedad civil y los titulares de proyectos de inversión, en muchos casos genera prejuicios y dificulta el diálogo. Nuevamente encontramos otro aspecto en el cual la OIT puede colaborar.





Recomendaciones para los Estados que les permitan abordar los desafíos en la implementación de la obligación de consulta previa

1. Impulsar espacios de diálogo permanente entre el Estado y los pueblos indígenas

374. Para abordar la situación de desconfianza existente se recomienda que los Estados desarrollen procesos de diálogo permanente e institucionalizados con los pueblos indígenas, en los que se puedan abordar las demandas históricas de dichos pueblos, establecer mecanismos ad hoc de diálogo en relación a los territorios, e incorporar en estos diálogos a otros actores de la sociedad civil, y a las empresas para generar un compromiso de país al respecto. En estos diálogos se considera fundamental el compromiso que la OIT pueda adquirir, ya que el respaldo de ser parte del Sistema Internacional de Naciones Unidas, permite que actuando como observador en los procesos de consulta, pueda contribuir en el establecimiento de espacios de confianza, como también para monitorear estos procesos, entregando herramientas y recomendaciones para abordar las distintas temáticas que surjan.

2. Promover instancias de participación en la planificación territorial

375. Los pueblos indígenas deben participar de la planificación territorial de forma que sus preocupaciones, anhelos y visiones estén consideradas en el desarrollo que el Estado promueva en los territorios indígenas. Para esto, también se considera que la OIT puede entregar un apoyo especial, tanto en la promoción de espacios de confianza como también en lo que dice relación con las metodologías de trabajo.

3. Sistematizar, unificar y mantener actualizado un registro sobre los pueblos indígenas

376. Con el objetivo favorecer la visibilización de los pueblos indígenas en la sociedad, y de considerar oportunamente a sus organizaciones en los procesos de diálogo y consulta, así como también para resguardar el respeto de los derechos de dichos pueblos, sus territorios, tradiciones y sitios de significación cultural, se considera pertinente que los Estados impulsen procesos para sistematizar la información referida los pueblos indígenas, organizaciones, dirigentes, actividades, tradiciones, etc. Esto permitirá contar con información actualizada al respecto, y resguardar la preservación de las tradiciones, anticipando, mitigando o previniendo que puedan realizarse acciones que los afecten.

377. Adicionalmente, permitirá que los Estados, la sociedad civil, y las empresas privadas, puedan considerar desde los primeros momentos la existencia de pueblos indígenas o aspectos relevantes para ellos en determinados territorios, favoreciendo que sean considerados en forma oportuna. Este tipo de información debe ser consolidada en conjunto con los pueblos indígenas, de forma que los refleje y ellos la consideren válida. La OIT también puede tener un rol importante en estas acciones, dada la visión regional y global que tiene de los procesos de consulta y diálogo.

4. Considerar recursos para la implementación de la consulta previa

378. La implementación de la obligación de consulta implica la ejecución de una serie de actividades que requieren de recursos para desarrollar procesos pertinentes a la realidad de los pueblos indígenas, considerando la implementación de talleres, traslados de funcionarios públicos, de expertos y de dirigentes cuando sea necesario.



379. Respecto de la asesoría a los pueblos indígenas y sus organizaciones durante los procesos de consulta, es muy importante que el Estado pueda considerar recursos para suplir esta asimetría de información que en muchos casos hace necesario un apoyo para los pueblos indígenas. De esta forma, se considera de suma importancia que los países estudien mecanismos para financiar este tipo de asesorías y para implementar procesos de capacitación y fortalecimiento de las organizaciones indígenas, de forma que los expertos sean parte de las propias comunidades y organizaciones indígenas. A su vez deberá facilitar a los especialistas del Estado con competencias en las áreas evaluadas en una consulta, para que den su opinión experta a los pueblos indígenas durante estos procesos y así contribuyan a un mejor entendimiento.

380. En caso que se estime conveniente establecer un mecanismo para financiar la contratación de asesores externos para los pueblos indígenas, se debe diseñar un mecanismo regulado, que defina objetivamente los montos y las asesorías a contratar, así como también que entregue criterios sobre los requisitos mínimos que debe cumplir un asesor para poder prestar este tipo de servicios.

▼ 5. Reconocer, respetar e impulsar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas

381. Para el éxito de un proceso de diálogo y consulta, se requiere tener contrapartes organizadas y validadas. En este sentido, se considera relevante que los Estados puedan poner a disposición de los pueblos indígenas y sus organizaciones, herramientas que les permitan fortalecer sus capacidades y su gobernanza interna.

382. Un elemento importante para apoyar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas, considera que el Estado facilite herramientas que les permitan trabajar una visión del territorio. Esto significa construir una visión sobre lo que esperan y desean los miembros de una organización indígena respecto del futuro de su organización y territorio. De esta forma, construir una visión requiere abordar preguntas complejas como cuáles son los valores, tradiciones y principios de la comunidad. A su vez discutir sobre cómo se proyecta la comunidad hacia el futuro, y cómo espera mantener sus tradiciones considerando la economía moderna. Discutir estos temas requiere alcanzar un difícil equilibrio entre la conservación y preservación de la cultura, y por otro lado las expectativas de desarrollo y calidad de vida de los diversos integrantes de la comunidad.

383. Otro aspecto relevante en el cual se requiere el apoyo del Estado hacia las organizaciones indígenas, es el apoyo para mapear los territorios indígenas, y los usos que las organizaciones le dan o le han dado, pues permitirá fortalecer sus capacidades y los procesos de consulta. Al mismo tiempo esto dará cuenta de la historia de vida de las organizaciones en el territorio, registrando también las tradiciones, permitiendo que las personas no indígenas, conozcan la profunda conexión que los pueblos indígenas tienen con su territorio, lo que ayudará a diseñar proyectos respetuosos.

384. Finalmente como parte del proceso de fortalecimiento organizacional indígena es necesario concientizar sobre la necesidad de considerar estos procesos de consulta como procesos de largo plazo, basados relaciones permanentes entre las organizaciones indígenas, las empresas y los gobiernos, lo que requerirá del establecimiento de mecanismos de diálogo permanentes que permitan mantener activos los canales de comunicación entre las partes durante todas las etapas de los proyectos.



▼ 6. Estudiar mecanismos institucionales que permitan a los pueblos indígenas beneficiarse por los proyectos desarrollados en sus territorios.

385. La responsabilidad establecida en el artículo N° 15 del Convenio núm. 169, respecto de la obligación de compartir, siempre que sea posible, los beneficios que reporten las actividades de prospección y explotación de recursos naturales, con los pueblos indígenas afectados, es una responsabilidad del Estado, no debiendo ser transferida a los privados, pues genera expectativas que en muchos casos no son factibles de cumplir por las empresas, y genera conflictos entre las propias organizaciones indígenas, dado que no existe un mecanismo regulado para tales efectos. En este contexto, se recomienda que los Estados estudien herramientas que permitan que los pueblos indígenas no solo sean compensados por los impactos que genera el desarrollo de proyectos en sus territorios, sino también sean directamente beneficiarios de esos proyectos, sin transferirle esta responsabilidad a las empresas privadas. Esto puede estudiarse a través de mecanismos de redistribución de los impuestos que los proyectos pagan por el desarrollo de determinada actividad, como también incorporar mecanismos para que el éxito del proyecto traiga consigo el logro de los anhelos de las comunidades y pueblos indígenas.

▼ 7. Generar una institucionalidad competente y focalizada en la implementación de la consulta previa

386. La experiencia registrada en los países que han establecido regulaciones internas con parámetros generales para aplicar la consulta previa, da cuenta que este tipo de regulaciones contribuye a la implementación de la consulta previa, pues clarifica términos que por su generalidad dan espacio a diversas interpretaciones y expectativas, lo que genera conflicto. Estas regulaciones permiten impulsar decididamente los procesos de consulta en aquellas materias y medidas que deben ser consultadas y al mismo tiempo clarifica las responsabilidades que cada uno tiene en un proceso de consulta, facilitando el actuar de los Estados, que requieren de este tipo de instrumentos para actuar diligente y eficazmente. La sistematización de estos esfuerzos normativos llevados a cabo en distintos países, así como también de las implicancias que han tenido estas regulaciones en cada una de las realidades, es otro aspecto en donde la OIT puede aportar, y cuya información será muy valiosa para el fortalecimiento de los procesos de consulta, la dictación de nuevos instrumentos o el perfeccionamiento de los instrumentos existentes.

387. De todas formas, para que estas regulaciones sean efectivas y contribuyan a la implementación del Convenio, deben ser elaboradas a través de procesos de diálogo y consulta con los propios pueblos indígenas, pues se requiere generar consensos, y en los casos que no se logren, al menos se podrán identificar las materias que deben profundizarse. Estos procesos de consulta para elaborar instrumentos, regulaciones o normativas en torno a la consulta previa, deben contemplar espacios de diálogo con las organizaciones empresariales y sus empresas asociadas, pues contribuirá a alcanzar consensos profundos sobre los distintos aspectos a considerar en una consulta, y a su vez, permitirá dar pasos en el entendimiento de las partes. Es importante tener presente que dichos procesos toman tiempo, pues requieren de una amplia participación, tanto de los pueblos indígenas como del Estado y sus diversos organismos públicos. A su vez, es importante considerar que estos instrumentos deben ser flexibles, permitiendo la adecuación de los procesos de acuerdo a la realidad territorial, y de las propias organizaciones indígenas, como también considerando la diversidad de medidas que pueden ser objeto de consulta previa.

388. La experiencia ha demostrado, que independiente de que sean diversos los servicios responsables de implementar la consulta previa, es necesario que los Estados impulsen la creación de organismos específicos que velen por la correcta implementación de los procesos de consulta, ya sea implementando dichos procesos o entregando asesoría al resto de los organismos públicos sobre cómo debe implementarse un proceso de consulta. Estos organismos en general son los responsables de fijar los criterios, elaborar guías, impulsar procesos de capacitación, suministrar expertos en procesos de negociación y diálogo intercultural, entre otros.

389. También es importante considerar mecanismos para solucionar conflictos cuando no sea posible alcanzar acuerdos. Estos mecanismos deben velar por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, así como también ser objetivos y justos al momento de tomar decisiones al respecto. Esto permitirá a los Estados salir del estado de parálisis decisional, que en muchos casos lo absorbe, por temor a tomar decisiones relacionadas con el Convenio núm. 169.

390. Para favorecer la transparencia y el aprendizaje de los procesos de consulta, es clave que cada proceso tenga su propio expediente que dé cuenta de las actuaciones, los acuerdos y desacuerdos. Esto permitirá realizar un seguimiento activo a los compromisos asumidos por las diversas partes, fortaleciendo la implementación de la consulta previa. En este contexto se recomienda que el Estado mantenga una plataforma digital donde pueda dar a conocer toda la experiencia de los procesos de consulta, sus etapas, acuerdos e informes, lo que permitirá facilitar el seguimiento y aprendizaje.

▼ 8. Impulsar procesos de capacitación y difusión sobre el Convenio núm. 169

391. Como parte de la responsabilidad del Estado, es necesario que este impulse procesos de capacitación, tanto a los pueblos indígenas como a los funcionarios públicos y la sociedad en general, lo que permitirá procesos de consulta informados y acorde a las posibilidades que entrega el Convenio. En esta área se considera importante el apoyo y la asistencia técnica que pueda entregar la OIT para los Gobiernos, de forma que sea el organismo competente en materias de Convenio núm. 169 el que pueda dar a conocer el espíritu del Convenio, sus alcances, obligaciones y deberes. Esto reducirá el espacio a interpretaciones contribuyendo a entregar mayor certeza y ajustando las expectativas al real alcance de este instrumento, posibilitando que este Convenio se transforme en un instrumento de diálogo de acuerdo al espíritu con que fue concebido.

392. Se considera de suma relevancia que el Estado integre a las organizaciones empresariales que correspondan a nivel nacional, sectorial y territorial, en los procesos que permitan abordar las dificultades y desafíos que entraña la aplicación del Convenio núm. 169 y la implementación de la consulta previa. Esto permitirá diseñar mecanismos y normativas de aplicación de la consulta indígena con el aporte de las organizaciones empresariales, lo que se traducirá en el establecimiento de procesos más claros, eficaces y predecibles, pues en su concepción participarán todos los actores claves que se relacionan con estos procesos (Gobiernos, Pueblos Indígenas y empresas). En este sentido, es importante que las organizaciones empresariales, nacionales y sectoriales, puedan participar de los procesos de diseño de las leyes y reglamentos de consulta, manteniendo una relación constante de información y diálogo con las entidades públicas encargadas de la implementación y supervisión de los procesos de consulta en proyectos de inversión.





Recomendaciones para las organizaciones empresariales en relación a la implementación de la obligación de consulta

▼ 1. Impulsar acercamientos entre el sector empresarial, el Estado y los pueblos indígenas

393. Las organizaciones empresariales que articulan a las empresas a nivel nacional, sectorial, regional y territorial, deben desarrollar una nueva dimensión en sus capacidades. Por un lado, de cara a sus asociados (organizaciones y empresas), deben ser capaces de desarrollar nuevas capacidades de asesoría y orientación en esta área, dado que existe un profundo desconocimiento y confusión sobre importantes aspectos de los procesos de aplicación del Convenio núm. 169, que reclaman este papel de las organizaciones. En este mismo aspecto, dada la particular naturaleza del Convenio y de su aplicación en los territorios es importante establecer mecanismos de coordinación nacionales-sectoriales-territoriales, que redunden en una construcción más articulada de las contribuciones del sector empleador a los procesos de consulta, a la detección de problemas y la identificación de mecanismos de solución, con la idea de que dichos procesos comiencen a desarrollarse con fluidez y menor nivel de conflicto.

394. Por otro lado, en sintonía con lo planteado en el apartado relativo a las responsabilidades de los Estados y organizaciones indígenas, el desarrollo de nuevas capacidades debe también dirigirse a promover e impulsar procesos de acercamiento/diálogo con el Estado y los pueblos indígenas que permitan abordar la problemática que se suscita alrededor de la implementación de la consulta previa. La participación de las organizaciones empresariales en los procesos de diseño de los marcos institucionales y regulatorios de la consulta, demanda estas nuevas capacidades. Esto permitirá estudiar y diseñar mecanismos regulados y oficiales, para incorporar a las organizaciones indígenas tempranamente en el estudio de los proyectos de inversión que afecten sus pueblos y organizaciones, de forma que estas puedan influir positivamente en el diseño de los proyectos, y beneficiarse con su desarrollo.

395. En suma, el espacio de diseño de política pública en los procesos de consulta, así como el debate y la creación de redes de colaboración en este espacio, presenta hoy en día un gran vacío institucional en cuanto al rol de las organizaciones de empleadores. Un vacío que de subsanarse podría dar lugar a un tratamiento más ordenado, articulado y mejor enfocado a la solución de los conflictos. Por todo ello, estas recomendaciones van precisamente en la línea de proporcionar algunas ideas encaminadas a iniciar un proceso de construcción de nuevas capacidades institucionales, que hoy se perciben como indispensables en este ámbito.

▼ 2. Ayudar a las empresas a enfrentar los procesos de consulta

396. Considerando lo indicado en el punto anterior, los gremios empresariales están llamados a impulsar procesos de capacitación y formación de empresas y ejecutivos sobre los desafíos que impone la aplicación del Convenio núm. 169. Esto permitirá dar a conocer, entre las empresas, información relativa a las experiencias concretas de procesos de consulta, relevando las buenas prácticas e identificando los errores cometidos, lo que será de mucha utilidad para que los desarrolladores de proyectos puedan llegar mejor preparados a los procesos de consulta.

397. Esto permitirá conocer cómo y qué tan frecuentemente las empresas realizan instancias de diálogo con los pueblos indígenas, desde qué etapas, cómo se han desarrollado, y que herramientas se han implementado para incorporar a las



organizaciones indígenas en el desarrollo de los proyectos, previniendo y resolviendo conflictos oportunamente.

398. Al mismo tiempo permitirá conocer cuáles han sido las herramientas que las empresas han utilizado para identificar adecuadamente a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Este intercambio de experiencias entre empresas también permitirá conocer qué tipo de impactos y efectos de un proyecto, puede significar potencialmente el desarrollo de una consulta indígena. Esto permitirá a las empresas anticiparse a estos procesos, comunicando adecuadamente el proyecto, o en caso que sea posible y pertinente, modificando los proyectos para evitar, mitigar o compensar potenciales efectos sobre organizaciones indígenas, sus tierras y tradiciones.

399. Destaca también la necesidad que los ejecutivos de las empresas se familiaricen con la cosmovisión de los pueblos indígenas, lo que permitirá que las empresas puedan prepararse mejor al momento de enfrentar procesos de diálogo y consulta. Estos procesos de sensibilización también pueden ser impulsados por las asociaciones gremiales, en alianza con el Estado y las organizaciones indígenas.

▼ **3. Utilización de los mecanismos institucionales de comunicación, diálogo y acuerdos**

400. Se recomienda que las empresas siempre utilicen los mecanismos institucionales de comunicación, diálogo y acuerdos con los pueblos indígenas, de manera que la intervención que las empresas tengan en los territorios, se realice de manera informada y coordinada con las Autoridades Gubernamentales y los pueblos indígenas, lo que evitará suspicacias o desconfianzas, y permitirá mayor transparencia en estos procesos.

▼ **4. Participación y Comunicación activa de las organizaciones de empleadores con los mecanismos de control de la aplicación de Convenios de la OIT.**

401. Se considera relevante que las organizaciones empresariales participen activamente de la evaluación que realiza cada cinco años este organismo a través de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios en cada país. Esta Comisión analiza las memorias oficiales de cumplimiento, presentadas por los Gobiernos, y las memorias alternativas que por lo general son presentadas por otros sectores representados en la OIT. En este sentido, se percibe una ausencia de comunicación de las organizaciones de empleadores con la OIT, a través de las vías formales, que permitan dar a conocer la Comisión de Expertos, y a la propia OIT, cuál es la perspectiva y diagnóstico local, que tienen los empleadores, respecto de las dificultades y desafíos que entraña en la práctica la aplicación del Convenio núm. 169.

402. Si bien, en los periodos de evaluación, destaca la recepción de memorias alternativas enviadas por los representantes de los pueblos indígenas a través de las organizaciones de trabajadores, existe una ausencia importante del sector empleador, quienes en general no envían memorias, comentarios o informes sobre su evaluación, lo que significa que la visión de los empleadores no es considerada en profundidad en los procesos de evaluación por parte de la Comisión, en virtud de que esta no está incluida en la memoria oficial que presenta cada gobierno. Por todo lo anterior, se recomienda a las organizaciones de empleadores, tomar un rol mucho más activo a través de los mecanismos formales de la OIT, considerando la elaboración y envío de informes o memorias alternativas a las oficiales presentadas por los gobiernos nacionales, cuando en ellas no hayan sido consideradas, y que permitan dar cuenta directa a la OIT, de la realidad de aplicación desde la perspectiva empresarial, para que esta sea tomada en consideración por la comisión de expertos.





Posibles áreas de asistencia técnica de la OIT

▼ 1. Asumir un rol más activo en la implementación del Convenio núm. 169

403. Se considera fundamental para la eficaz implementación del Convenio, que la OIT realice un esfuerzo más profundo y activo en la búsqueda de dar coherencia en la aplicación del Convenio, especialmente a través de la aclaración de aspectos relativos a las diversas interpretaciones del Convenio a la luz de otros instrumentos internacionales. Esto permitirá construir confianzas, a través de la entrega de mayor certidumbre respecto de los alcances y la finalidad de sus principios y derechos, así como también sobre los mecanismos que permitan ejercer estas obligaciones. Esto es especialmente importante en lo que se refiere al concepto de “consulta previa” (*consultar*) y su diferencia del concepto “lograr el consentimiento”. Si bien “lograr el consentimiento” es una aspiración noble y en general deseable, este no es un requisito ni tampoco una obligación acerca del resultado de las consultas. Esta confusión de conceptos actualmente presente en la aplicación de la consulta previa, genera sobre expectativas, incertidumbre y finalmente desconfianza, por lo cual se hace urgente que este organismo haga frente a esta situación.

▼ 2. Trabajo coordinado entre la OIT y el resto de los organismos internacionales

404. Se considera necesario que la Organización Internacional del Trabajo impulse procesos de acercamiento y diálogo con el resto de los organismos internacionales del Sistema de Naciones Unidas, que abordan la temática indígena, en particular con la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, así como con otras instancias que tratan temas relacionados con la consulta previa (ej: Pacto Mundial, PNUD⁴⁹, ICMM⁵⁰, IFC⁵¹ entre otros). Estos diálogos deben ir en busca de clarificar criterios y expectativas, alcanzar consensos comunes en la materia, y construir de manera coordinada mecanismos que permitan a los países fortalecer sus conocimientos y capacidades para abordar los desafíos que entraña la aplicación del Convenio núm. 169 y la consulta previa, frente a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto ayudará en la generación de confianza y credibilidad sobre los pronunciamientos y planteamientos de estos organismos.

405. Al mismo tiempo, estos diálogos se deben desarrollar con otros organismos internacionales públicos y privados, que aunque no formen parte del Sistema de Naciones Unidas, se relacionen activamente con el Convenio núm. 169 y su implementación práctica.

▼ 3. Sistematizar buenas prácticas e historias de éxito en diálogo intercultural.

406. A través de la experiencia práctica internacional en materia de consulta previa, se considera importante que la OIT pueda sistematizar información sobre casos exitosos y buenas prácticas en materia de consulta previa y diálogo intercultural, entregando herramientas que permitan mejorar estos procesos. Para esto parece interesante que la OIT pueda disponer de un sistema digital y online en donde se puedan conocer estas experiencias, así como también el estado de cumplimiento de los diversos países, y sus memorias, pues en ellas se da cuenta del detalle del cumplimiento nacional.

⁴⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

⁵⁰ International Council Mining Metal (<http://www.icmm.com/languages/espanol>)

⁵¹ International Finance Corporation-World Bank Group.



▼ 4. Fortalecimiento de capacidades de diálogo y negociación intercultural.

407. El diálogo desarrollado durante los procesos de consulta, requiere de capacidades de diálogo intercultural, considerando que los diversos intervinientes, deben desarrollar habilidades de entendimiento para lograr acuerdos. En este sentido, la diversidad de actores que participan de estos procesos, sus códigos de conducta, protocolos de relación, tiempos necesarios para cada uno de ellos y el respeto que debe haber en un proceso, requieren de un trabajo importante de capacitación e información, que permita tanto a Gobiernos, pueblos indígenas y empresas fortalecer sus capacidades de diálogo para que los procesos de consulta sean exitosos.

408. De esta forma se considera importante que la OIT pueda explorar, un plan permanente para el fortalecimiento de capacidades, tanto para funcionarios públicos, como de dirigentes indígenas y titulares de proyectos de inversión.

▼ 5. Apoyo en procesos de diálogo permanente y observación procesos de consulta.

409. Un aspecto trascendental en la construcción de confianzas entre los pueblos indígenas y el Estado, se basa en la construcción de instancias permanentes de diálogo que permitan dar respuesta a las demandas históricas de los pueblos indígenas. En este contexto, se considera propicio que la OIT, pueda colaborar en la instalación de estas instancias, actuando como observador de dichos procesos, entregando garantías de transparencia y confianza en los diálogos. A su vez, el rol de observador y de asistencia técnica se hace especialmente relevante en procesos de consulta que signifiquen la discusión de mecanismos para regular la consulta previa en los países que aún no han regulado dicho proceso, y fortalecer las regulaciones que actualmente están vigentes.

▼ 6. Asistencia en el fortalecimiento organizacional indígena.

410. Una de las principales dificultades identificadas dice relación con la necesidad de fortalecer las instituciones indígenas, para contar con interlocutores validados y organizados al momento de desarrollar procesos de consulta. En este contexto se considera importante que la OIT, apoye a los Gobiernos en la implementación de instancias y generación de herramientas para fortalecer a las organizaciones indígenas, capacitando y formando a sus miembros.

▼ 7. Asistencia en el fortalecimiento de capacidades organizaciones de empleadores.

411. Dada la falta de conocimiento que tienen las empresas respecto del Convenio núm. 169, sus alcances, responsabilidades y desafíos, existe un alto grado de confusión y desconfianza frente a este instrumento. En este sentido, se considera fundamental que la Oficina Internacional del Trabajo promueva acciones para fortalecer las capacidades de las organizaciones de empleadores en referencia al Convenio núm. 169, facilitando información, entregando herramientas y fortaleciendo las capacidades de diálogo, de manera que las empresas puedan prepararse mejor al momento de participar en un proceso de consulta.

▼ 8. Asistencia en la sistematización de información referida a los pueblos indígenas.

412. Se considera importante que la OIT entregue asistencia técnica a los Gobiernos, para sistematizar la información referida a los pueblos indígenas, generando bases de datos robustas, y desarrollando estudios complementarios cuando sea necesario,



validando a su vez la información a través de procesos participativos con los pueblos indígenas.

▼ **9. Asistencia en el establecimiento de mecanismos de seguimiento de las consultas**

413. Dado el aprendizaje que significa la implementación de un proceso de consulta, se considera relevante que la OIT promueva y apoye a los distintos gobiernos en la implementación de un sistema de sistematización y seguimiento de los procesos de consulta, lo que permitirá aprender de los procesos, y a su vez, entregar información actualizada sobre el desarrollo de una consulta, permitiendo mayor transparencia.

414. Esto también permitirá a su vez, hacer un seguimiento a los compromisos asumidos por los distintos intervinientes durante los procesos de consulta, fortaleciendo la importancia y cumplimiento de los acuerdos, así como también de las mesas de trabajo que puedan surgir de estos procesos.

415. Se considera relevante que la OIT pueda disponer de una plataforma web donde pueda dar a conocer las memorias anuales de cumplimiento del Convenio núm. 169 enviadas por los países signatarios, las comunicaciones formales que tenga la OIT con los países por estos efectos, lo que permitirá conocer sobre la situación del Convenio en cada país, sus dificultades y desafíos. A la vez esta plataforma debería considerar la incorporación referida a los procesos de consulta impulsados en los diversos países, además de distintas herramientas y guías sobre la consulta previa, lo que permitirá a los involucrados, estar más preparados al momento de participar de un proceso de consulta previa.



7 | ANEXOS



71 ANEXOS

Anexo I › Texto Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)

▼ CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada 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 los 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 del 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 distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus pro-

pías costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.

2. La conciencia de su identidad indígena 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 socioeconómicas 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;

b) 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 al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas

de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

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 puedan 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 recurren 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 fuere 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 recur-

sos 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 deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas 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 estatus 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 sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

▼ Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra 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 derecho 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 del 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 existen-

tes 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, manteniendo 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 al 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, espiritual 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 otra índole 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 el 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 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.

Anexo II › Ratificaciones Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. (1989)

Ratificación Convenio núm. 169	
País	Fecha
Argentina	03-07-2000
Estado Plurinacional de Bolivia	11-12-1991
Brasil	25-07-2002
República Centroafricana	30-08-2010
Chile	15-09-2008
Colombia	07-08-1991
Costa Rica	02-04-1993
Dinamarca	22-02-1996
Dominica	25-06-2002
Ecuador	15-05-1998
España	15-02-2007
Fiji	03-03-1998
Guatemala	05-06-1996
Honduras	28-03-1995
México	05-09-1990
Nepal	14-09-2007
Nicaragua	25-08-2010
Noruega	19-06-1990
Países Bajos	02-02-1998
Paraguay	10-08-1993
Perú	02-02-1994
República Bolivariana de Venezuela	22-05-2002

REPORTE REGIONAL

COLOMBIA COSTA RICA GUATEMALA CHILE

Convenio núm. 169 de la OIT

sobre Pueblos Indígenas y Tribales
en Países Independientes
y la consulta previa a los pueblos
indígenas en proyectos de inversión



ACT/EMP



Organización
Internacional
del Trabajo