

Tomando los Derechos Indígenas en Serio

Propuestas Indígenas para una Democracia Plurinacional en Chile

Propuesta N° 2/2015

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el Convenio N° 169 de la OIT

Luis Jiménez Cáceres
Jessica Cayupi Llancaleo

Programa de Derechos Indígenas
Fundación Chile 21

Santiago, Septiembre de 2015

<https://www.facebook.com/derechosindigenaschile21>

Tomando los Derechos Indígenas en Serio

Propuestas Indígenas para una Democracia Plurinacional en Chile

Propuesta N° 2/2015

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el Convenio N° 169 de la OIT

Luis Jiménez Cáceres¹
Jessica Cayupi Llancaleo²

Programa de Derechos Indígenas
Fundación Chile 21

Santiago, Septiembre de 2015

<https://www.facebook.com/derechosindigenaschile21>

¹© Luis Jiménez Cáceres es abogado de la U. de Chile y aymara. Estudiante de Magíster en Derecho en la misma Universidad. Es miembro del Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Universidad de Chile y de diversas organizaciones indígenas.

²© Jessica Cayupi Llancaleo es abogada de la U. de Chile y mapuche. Diplomada en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Universidad Católica. Es miembro de la Red de Mujeres Mapuche.

La serie de papers **“Tomando los Derechos Indígenas en Serio, Propuestas Indígenas para una Democracia Plurinacional en Chile”** es un esfuerzo de intelectuales, académicos y profesionales indígenas comprometidos y responsables con la construcción del conocimiento desde la perspectiva de los pueblos indígenas para dialogar y aportar a las políticas públicas democráticas en la vida republicana del país.

Salvador Millaleo y Diva Millapán, Editores

Nota sobre el diseño de portada y contraportada:

Como indígenas hemos usado para la portada los símbolos y diseños de los pueblos indígenas a que pertenecemos, pero reconocemos que no son apropiables por ninguna persona natural o jurídica, sino que pertenecen al patrimonio colectivo de los pueblos indígenas de que provienen, en conformidad con el artículo 31° de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (2007).

Programa de Derechos Indígenas, Fundación Chile 21

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y el Convenio N° 169 de la OIT³

Luis Jiménez Cáceres

Jessica Cayupi Llancaleo

I. Introducción

Tras 18 años de funcionamiento y a 5 de la reforma a la institucionalidad ambiental, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet estableció una “Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA)”, con la misión de “evaluar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, generando propuestas de modificación ajustadas al nuevo escenario sociocultural y económico, con la finalidad de lograr el desarrollo de procesos más expeditos, con altos estándares de calidad y en un marco de certeza jurídica para los titulares, la comunidad y los distintos servicios públicos que participan de la evaluación”, con tres objetivos generales: 1) Potenciar las facultades del Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante SEA); 2) Dar legitimidad social de los proyectos; y 3) Revisar el marco legal y certeza jurídica.⁴

Para cumplir con dichos objetivos, uno de los ejes estratégicos es la “Participación y Consulta Indígena”, la que buscará “evaluar la pertinencia de la implementación de Consulta Indígena en el marco del SEIA”, con ello “se espera resolver los temas normativos e institucionales pendientes en materia de consulta indígena. De igual forma, se requiere evaluar cómo se relaciona la consulta indígena previa realizada por otro órgano del Estado y la consulta indígena en el marco del SEIA”⁵.

³ Propuesta presentada a la Comisión Presidencial de Revisión del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Octubre de 2015.

⁴GOBIERNO DE CHILE. Ejes Estratégicos – Comisión Asesora Presidencial para la Evacuación del SEIA, p. 4. <http://comision-seia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2015/04/Ejes-Mesa-Presidencial-Final.pdf>

⁵Ibid.,p. 9

La Comisión está presidida por el Ministro del Medio Ambiente e integrada por académicos y consultores, representantes de ONGs, representantes de asociaciones gremiales y representantes de los ministerios que conforman el Comité de Ministros. Sólo hay un indígena en la Comisión, Salvador Millaleo, pero que ha participado en cuanto académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. No existe representación ni participación de organizaciones de los pueblos indígenas ni del Consejo de Pueblos Indígenas de la CONADI.

La reforma al SEIA se da dentro de un contexto de conflictividad entre los titulares de los proyectos de inversión y las comunidades locales e indígenas de los territorios donde se emplazan dichos proyectos. Existe presión y críticas de los titulares de proyectos de inversión debido a una mayor “judicialización” debido a la interposición de acciones judiciales. Por su parte, los pueblos indígenas y sus demandas históricas a la libre determinación, participación y territorios, han sido reconocidos como derechos colectivos en nuestro sistema jurídico a partir de la entrada en vigencia del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio N° 169).

El presente documento analiza las principales dificultades normativas y prácticas de la consulta indígena dentro del SEIA, teniendo como marco de referencia los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, principalmente los establecidos en el Convenio N° 169, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en la jurisprudencia de los órganos de control de dichos tratados, por su carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, se propondrán algunas orientaciones para el debate.

II. Contexto: los proyectos de inversión en territorios indígenas bajo el derecho internacional de los derechos humanos

Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen que los pueblos indígenas son, al igual que los otros pueblos sujetos de derecho internacional, pueblos titulares del derecho a la libre determinación⁶. En consonancia con las demandas históricas de los pueblos indígenas en el mundo y en Chile, el derecho internacional les reconoce derechos colectivos de propiedad y posesión sobre sus tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han ocupado basados en derechos consuetudinarios o derecho propio, ya que son necesarios para su propia supervivencia y reproducción cultural, espiritual y social, en tanto colectivos diferenciados.

Ciertamente, el derecho internacional reconoce que el derecho colectivo de propiedad y posesión de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales tiene que compatibilizarse con el derecho que tienen los Estados a explotar sus recursos económicos para, por ejemplo, destinarlos a la reducción de la pobreza y a financiar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Por tanto, en el estado de evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos,⁷ y al igual que todos los derechos humanos, el Estado podrá restringir legítimamente los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas bajo el cumplimiento estricto de una serie de condiciones:

- i) Las reglas de restricción y limitación comunes a los derechos humanos:
 - a) que hayan sido previamente establecidas por ley; b) que sean

⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas Artículo 1º y 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1.1., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.1.

⁷ Cfr. Corte IDH, *Saramaka v. Surinam* (2007); Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2012). Comentario del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado: "Propuestas de gobierno para nueva normativ de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio 169 de la OIT", Chile, párr.70.

necesarias; c) proporcionales, d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

- ii) Tratándose de los recursos naturales en sus territorios, además, el Estado debe garantizar que dichos proyectos de inversión no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblos indígenas. A fin de garantizarlo, el diseño institucional debe contemplar: a) la participación efectiva de los pueblos indígenas a través de la consulta respecto de todo proyecto de inversión en sus territorios; b) evaluaciones de impacto ambiental y social previas a la autorización del proyecto, a cargo de entidades autónomas y técnicamente capaces y c) la participación razonable en los beneficios del proyecto.

III. El SEIA y la Ley N° 19.300 deben ajustarse a la consulta y al Convenio N° 169 de la OIT

La consulta indígena debe concebirse, según *supra*, como un instrumento cuya principal finalidad es garantizar los demás derechos sustantivos de los pueblos indígenas reconocidos en otros instrumentos internacionales ⁸, particularmente los derechos colectivos a la vida, propiedad, participación política, integridad cultural⁹ y en última instancia la libre determinación.

El SEIA, por su parte, tiene como principal finalidad predecir el impacto que determinadas actividades y proyectos puedan producir en el medio ambiente, y a partir de allí, determinar si el impacto ambiental se ajusta a las normas vigentes.

Desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169, se ha discutido la idoneidad del SEIA para implementar la consulta indígena respecto de los proyectos y actividades que afecten los recursos naturales emplazados en sus

⁸ Cfr Millaleo, Salvador. “¿Gobernar consultado?”, En VV.AA., *¿Chile Indígena?*. Santiago: Fundación Chile 21 - El Desconcierto, 2014.

⁹ Corte IDH, *Sarayaku v. Ecuador* (2012).

territorios. El tema entonces es la compatibilidad de la naturaleza y los fines del SEIA, establecida en la Ley N° 19.300, con la consulta indígena establecida en el Convenio N° 169 de la OIT. El análisis y los esfuerzos no puede ser, por tanto – como se suele sostener erróneamente- ajustar la consulta indígena al SEIA para “cumplir las obligaciones de la ley 19.300”¹⁰, puesto que: a) la consulta y otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, si bien se encuentran expresamente reconocido en el Convenio N° 169 , en base al desarrollo jurisprudencial, también se derivan de los artículos 21° y 23° de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su incumplimiento compromete gravemente la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos; y b) según la interpretación consistente de la Excm. Corte Suprema, los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, teniendo preminencia sobre una ley común, como es la Ley N° 19.300. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ¹¹ señaló que el Convenio N° 169 no tiene jerarquía constitucional, si estableció su jerarquía supralegal, y por lo tanto sigue teniendo preeminencia sobre la Ley N° 19.300.

IV.Principales incompatibilidades del SEIA con la naturaleza de la consulta a los pueblos indígenas

1. La exclusión de proyectos de inversión del SEIA y que pueden afectar los recursos naturales de los pueblos indígenas.

Los proyectos y actividades sobre recursos naturales que, según la institucionalidad ambiental deben ser consultados, son aquellos que generan algunos de los impactos significativos que justifican el ingreso del proyecto a través de un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA) y sólo respecto de

¹⁰Aninat, Isabel (2014) Los desafíos pendientes del Convenio 169. Centro de Estudios Públicos, p.5.

¹¹Tribunal Constitucional, Roles N°s. 2387-2012 y 2388-2012 acumulados.

algunos de ellos en la medida que generen afectación directa a los pueblos indígenas. Por tanto, sólo se consultarán los proyectos que, ingresados por EIA, generen los siguientes impactos significativos:

- i) reasentamiento o alteración significativa de los sistemas de vida o costumbres de grupos humanos indígenas
- ii) se localicen en o próximos a ellos; y
- iii) generen alteraciones a su patrimonio cultural (artículo 10°).

En consecuencia, aquellos proyectos que ingresados: i) por la vía de una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA) o ii) bien por la vía de un EIA pero no por los impactos ambientales enumerados anteriormente, no son consultados.

En este escenario y de conformidad a nuestra legislación ambiental, los proyectos de inversión emplazados en tierras, territorios o sobre recursos naturales de propiedad o posesión de los pueblos indígenas, ni los emplazados en áreas de desarrollo indígena, por sí solos, hacen procedente la consulta indígena^{12 13}.

El Convenio N° 169, en cambio, señala que todo proyecto de exploración o explotación de recursos naturales de los pueblos indígenas debe ser consultado, precisamente, para determinar el impacto en sus derechos colectivos: *“en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin*

¹²SEA (2015). Seminario derecho a la consulta de pueblos indígenas en el SEIA. Intervención Jorge Troncoso, Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental. Disponible en: <http://www.fundacionaitue.cl/wp-content/uploads/2015/01/Intervencion-Jorge-Troncoso-Director-Ejecutivo-del-SEA.pdf>

¹³El artículo 86 establece que aquellos proyectos que no califican para la consulta pero están emplazados en tierras indígenas, Áreas de Desarrollo Indígena o cercanos a grupos humanos indígenas, el SEIA puede realizar reuniones preliminares e informativas con las organizaciones indígenas ubicadas en el área de influencia del proyecto, con el objeto de identificar nuevos impactos ambientales significativos respecto de ellos, y en caso de hallarlos, declarar el término anticipado de la evaluación ambiental. Dichas reuniones serán de máximo 30 (EIA) o 20 días (DIA), contados desde la declaración de admisibilidad de la evaluación ambiental.

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”¹⁴. Por tanto, tratándose de este tipo de proyectos, existe una regulación expresa por parte del Convenio, adicional a la establecidas para todas las demás medidas “que sean susceptibles de afectar directamente” a los pueblos indígenas.

En este sentido, los órganos de control de la OIT han señalado que esta hipótesis, a pesar de su expreso reconocimiento, son las que mayores incumplimientos presentan. Dentro de estos proyectos, enumera “proyectos petroleros, concesiones madereras, explotación minera de níquel, cultivos extensivos de palma aceitera y proyectos de ganadería, entre otros, ubicados en zonas habitadas por pueblos indígenas”¹⁵. Precisamente, la falta de consulta antes del otorgamiento de las concesiones madereras y mineras acarrió la condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Saramaka*, a pesar que el Estado alegó que en uno de ellos no había iniciado la ejecución de las actividades¹⁶.

Como se puede apreciar, el SEIA opera bajo la lógica de la magnitud del impacto, objetivando su determinación. En cambio, la consulta previa opera bajo la lógica que todo proyecto sobre los recursos naturales de propiedad y posesión de los pueblos indígenas debe ser consultado, dejando la magnitud o gravedad del impacto para determinar si dicho proyecto para ser autorizado legítimamente requiere el consentimiento y no la consulta. El Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas ha señalado que “un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición

¹⁴Artículo 15.2.

¹⁵CEACR, Observaciones Individuales sobre el Convenio N° 169: México, 1999; Ecuador, 2003; Bolivia, 2003, 2005 y 2006; Guatemala, 2006, 2007 y 2008; Colombia, 2007, en Rodríguez Garavito (2010), pp. 61.

¹⁶Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 158 y ss.

*de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas*¹⁷. En esta materia, también la Corte IDH ha establecido el estándar de consentimiento libre, previo e informado respecto de actividades de explotación a gran escala y aquellas que puedan poner en riesgo su subsistencia como pueblos diferenciados, especialmente cuando está en juego el derecho de propiedad de la comunidad¹⁸.

La consulta previa está vinculada estrechamente con la noción de tierra, territorio y recursos naturales de los pueblos indígenas. Por una parte, es determinante para identificar las medidas a consultar (proyectos extractivos sobre recursos naturales en territorios indígenas) y sirve como el primer criterio para identificar a los sujetos participantes (los titulares de los territorios donde se emplaza), sin perjuicio de quienes alegan otros tipos de afectaciones (así, por ejemplo, a sus recursos naturales, como serían aquellas comunidades ubicadas aguas abajo, o que tienen algún vínculo con el territorio de otra comunidad). Por tanto, junto con la reforma al SEIA, el Estado debe diseñar mecanismos idóneos para la delimitación, demarcación y titulación de los territorios indígenas, no sólo de aquellos titulados en el Registro Público de Tierras Indígenas, sino también de aquellos bajo ocupación tradicional en base a su derecho consuetudinario o propio derecho.

El SEIA exige la evaluación de ciertos proyectos de inversión, operando bajo la lógica de la magnitud del impacto ambiental. En cambio, la consulta indígena no exige magnitud, sino que se gatilla cuando los proyectos de inversión tengan como objeto la exploración y explotación de recursos naturales ubicados en sus territorios.

¹⁷ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2009). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. ONU, Doc, A/HRC/12/34, párr. 47.

¹⁸Corte IDH. *Saramaka vs. Surinam*, 2007, párrs. 124 y 136.

2. Imposibilidad de consultar proyectos en las fases iniciales y antes de su ingreso al SEIA

La institucionalidad ambiental carece de una etapa previa al ingreso del proyecto al SEIA que permita a los pueblos indígenas participar en la evaluación de las diversas alternativas al proyecto, incluyendo su no evaluación, o su emplazamiento o diseño en aspectos sustantivos. Esta es una de las más importantes razones por la que los pueblos indígenas han justificado su desconfianza y reticencia a participar de los procesos de consulta, ya que perciben que la autoridad no tiene la genuina intención de llegar a acuerdos sino que sólo lo motiva la necesidad de obtener la licencia ambiental del proyecto y que nada importante queda por decidir.

Sin embargo existen experiencias previas de consultas en etapas más tempranas y antes del ingreso del proyecto al SEIA. El Ministerio de Obras Públicas (MOP) ha llevado a cabo una serie de consultas sobre diversas obras de infraestructura en territorios indígenas en etapas de prefactibilidad, las que posteriormente son sometidas a consultas durante la evaluación ambiental. Esta experiencia ha sido en general valorada por los pueblos indígenas. Tratándose de proyectos extractivos, la Corte Suprema exigió la consulta en fase concesional tratándose de concesiones de explotación de energía geotérmica, sin perjuicio de la consulta en la evaluación ambiental, lo que obligó al Ministerio de Energía adoptar políticas generales en tal sentido. También se intentó por vía judicial exigir la consulta en fase concesional de los recursos mineros, la cual no prosperó¹⁹.

El Convenio N° 169 establece expresamente que la consulta debe realizarse antes de emprender o autorizar cualquier proyecto de exploración y explotación de sus recursos naturales”²⁰ y que los pueblos indígenas tienen el derecho a participar en todas etapas de los planes y programas de desarrollo, lo que implica también las

¹⁹Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 1091-2014, confirmada por la Excma. Corte Suprema Rol 6303-2015.

²⁰Artículo 15.2 Convenio N° 169 de la OIT. Misma oportunidad establece la Declaración de los Pueblos indígenas, artículo 32.

fases iniciales²¹. Los órganos de control de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) han señalado que la consulta previa implica que *“las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible”*²², señalando que otorgar concesiones sobre recursos naturales en territorios indígenas sin haberse consultado contraviene el Convenio N° 169²³. La Corte IDH condenó al Estado de Surinam y a Ecuador por no establecer consultas desde las primeras etapas del proyecto, incluida la fase concesional: *“en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”*²⁴. Por último, a propósito de su informe a Chile, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha recalcado que lo importante es garantizar que los pueblos puedan incidir en el contenido y desarrollo de la medida a consultar, resultando ineficaz cuando la medida ya está elaborada²⁵, precisando asimismo que *“corresponde al Estado la obligación de llevar adelante la consultas en las primeras fases del proyecto, idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión”*.²⁶

El diseño de instancias de consultas en las primeras fases del plan, idealmente en las fases de perfil y prefactibilidad, y en todo caso, antes del ingreso del proyecto al SEIA y el otorgamiento de concesiones, constituyen un imperativo.

²¹Artículo 7° del Convenio N° 169 de la OIT.

²²Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90.

²³CEACR, Observación Individual sobre el Convenio N° 169, Bolivia, 2003, párr. 5. Otros pronunciamientos de la CEACR, en el mismo sentido, incluyen las observaciones individuales a México, 1999; Guatemala, 2007; y Paraguay, 2007.

²⁴Corte IDH, *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), párr. 180. También Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 133.

²⁵Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2010). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37Párr. 56-57.

²⁶Ibíd., párr. 63.

Por lo mismo, iniciativas como la del Consejo Nacional de Producción Limpia (en adelante, CNPL) y los acuerdos de pre-inversión son valorables, pero no constituyen cumplimiento de la consulta previa. La consulta no puede ser delegada de ninguna manera en la empresa o titular del proyecto, sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Precisamente, la delegación en la empresa titular del proyecto fue la razón principal de la condena al Estado de Ecuador en el caso Sarayaku de 2012. La Corte IDH ha señalado que *“Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”*²⁷. En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas: *“esta delegación, además de no absolver al Estado de su responsabilidad última de consultar a los pueblos indígenas, “puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados”*. Además, en la mayoría de las ocasiones, las empresas, incluso actuando de buena fe, no siempre poseen un conocimiento necesario de las normas internacionales pertinentes y no cuentan con códigos de conducta internos que reflejen dichas normas”²⁸.

²⁷Corte IDH (20129 *Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 187

²⁸Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2010). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, párr. 61.

La ausencia en el SEIA de etapas tempranas de evaluación del proyecto, impiden cumplir con la obligación de la consulta previa, ya que los pueblos indígenas no podrán influir sustantivamente en su desarrollo. No puede delegarse dicha responsabilidad en la empresa privada, ya que la consulta es una obligación del Estado.

3. La insuficiencia de los estudios de impacto ambiental presentados por el titular

Una de las principales críticas de los pueblos indígenas al SEIA recae en la información presentada por los titulares de los proyectos, levantada por consultoras contratadas por ellos mismas, cuestionando su imparcialidad. Además, la ley 19.300 no exige que los pueblos indígenas participen en la elaboración de las líneas de base ni demás elementos de dichos estudios. Por tanto, los estudios de impacto ambiental no son idóneos para predecir todos los impactos generados por el proyecto, impidiéndoles consentir y llegar a acuerdos libre e informadamente.

El Convenio N° 169 señala, en cambio, que dichos estudios deben ser participativos y contemplar no sólo los impactos ambientales, sino también los culturales, sociales y espirituales: *“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”*²⁹.

Por su parte, la Corte IDH en sus fallos ha exigido la realización de estudios de impacto ambiental y social para determinar diversos impactos de un proyecto de desarrollo o inversión, no sólo ambientales, sino también culturales, sociales y espirituales. Junto con la consulta y la participación en las utilidades, la considera como un elemento imprescindible para la salvaguarda de los derechos indígenas

²⁹Artículo 7.3

comprometidos. A tal fin, dichos estudios deben permitir evaluar de forma imparcial los impactos. Considerando que el Estado pueda carecer de líneas bases propias, señala que los estudios tienen que estar a cargo de entidades técnicamente capaces para ello, bajo estricta supervigilancia del Estado. Además, debe evaluar los impactos de un modo independiente y/o acumulativo generados. Por último, los pueblos indígenas debe participar activamente en su elaboración y debe consultárseles por los resultados del mismo, única manera de garantizar la consulta debidamente informada³⁰. Precisamente, el Ecuador fue condenado por un proyecto que: “a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku”.³¹

Si bien la legislación chilena contempla una definición amplia de medio ambiente, incorporando los impactos en el medio humano, dada las características del SEIA y la falta de participación en los EIA y DIA, la evaluación de los impactos socio-culturales tiende a objetivizarse, asemejándose a la evaluación de los impactos eco-sistémicos. Además, el SEIA también se ve limitado por su falta de idoneidad en evaluar impactos en derechos humanos.

Los actuales estudios y declaraciones de impacto ambiental no son suficientes y no garantizan imparcialidad. Son insuficientes porque no son participativos y no fueron diseñados para evaluar correctamente los impactos socio-culturales y en los derechos humanos. No garantizan imparcialidad porque generalmente están a cargo de consultoras contratadas por el mismo titular interesado en la aprobación de proyecto sin mayor certificación o control sobre sus capacidades técnicas.

³⁰Corte IDH (2012) *Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 204-208. También Interpretación del Caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 41.

³¹Corte IDH (2012) *Sarayaku vs. Ecuador*, párr. 207

4. Ausencia de mecanismos que garanticen la participación razonable en los beneficios

La tercera de las salvaguardas necesarias para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas es la participación razonable en los beneficios que generan los proyectos. Este derecho está reconocido expresamente en el Convenio N° 169 como un derecho distinto a la indemnización por daños³² y en otras fuentes de derecho internacional³³, destacándose el Convenio sobre Diversidad Biológica respecto de aquellos proyectos que impliquen el acceso a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad³⁴.

Existen diversos fundamentos para el derecho a exigir beneficios del proyecto. Para la Corte IDH habría una fuerte finalidad restitutoria por la privación o detrimento de la propiedad indígena: *“es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención”* [el derecho al pago de una indemnización justa por privación de bienes]³⁵. En cambio, para la Relatoría Especial existiría, además, un reconocimiento al aporte de los pueblos indígenas y retribución por el uso de sus territorios *“Los pueblos indígenas deberían percibir beneficios financieros directos – más allá de los beneficios incidentales, como los puestos de trabajo o la caridad de la empresa – debido a la compensación que les corresponde por*

³² Artículo 15.2: “[l]os 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”.

³³ Por ejemplo, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) ha recomendado que, además de obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, también se debe *“garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”*. CEDR, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador, párr. 16.

³⁴ Artículo 8 letra j): “[c]ada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: [c]on arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”

³⁵ Corte IDH (2007), *Saramaka vs. Surinam*, párr. 138.

permitir el acceso a sus territorios y por los efectos adversos del proyecto que han aceptado, así como por el significativo capital social que aportan en el marco del conjunto de las circunstancias históricas y contemporáneas”³⁶. Complementando esta perspectiva, la Relatoría Especial propone avanzar en modelos de asociatividad pueblos indígenas y empresas, generando mecanismos de participación de aquellos en las instancias de gestión de estos últimos, no debiendo limitarse a simples acuerdos impactos-compensaciones.³⁷ Esta última perspectiva es la más acorde a las demandas de los pueblos indígenas sobre sus derechos de propiedad y posesión sobre sus territorios y de fijar sus prioridades y estrategias de desarrollo.

En Chile, la legislación no prevé la participación directa en los beneficios ni menos modelos de asociatividad pueblos indígenas-empresas. Simplemente se limita a establecer indemnizaciones por daños a la propiedad como cualquier otro propietario. Estudios señalan que menos del 10% de los proyectos que ingresan al SEIA incluyeron medidas que significaron aportes a la comunidad, a través de transferencias indirectas de fondos concursables, especies y bienes en general a través de fundaciones creadas por los mismos titulares de los proyectos con ese fin, generando relaciones de dependencia y clientelismo entre las comunidades locales y el titular del proyecto³⁸. Muchos de estos acuerdos son difíciles de fiscalizar por la autoridad ambiental.

No existen mecanismos que garanticen el derecho de los pueblos indígenas de participar razonablemente en los beneficios de los proyectos. Junto con ello, se debe tender a modelos de asociatividad empresas-pueblos indígenas con un activo rol del Estado para corregir las asimetrías de poder existentes.

³⁶ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2013). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. ONU, Doc, A/HRC/24/41, párr. 76.

³⁷ Ibid, párr. 77.

³⁸ Chile Sustentable *et al.* (2014) ¿Ley de Asociatividad? Análisis crítico y propuestas de la sociedad civil, pág. 9-13.

V. Modelos comparados

1. Colombia

En Colombia, existe reconocimiento constitucional de los derechos colectivos al territorio y participación de pueblos indígenas. En lo que respecta a la explotación de los recursos naturales y métodos de participación dentro de los territorios reconocidos legalmente a las comunidades indígenas, que por vía de interpretación se ha hecho extensivo a los demás grupos étnicos, la Carta dispuso: *“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”*³⁹.

Respecto a la normativa infraconstitucional, destaca la Ley 99 de 1993 que creó el Ministerio del Medio Ambiente y el Sistema Nacional Ambiental, que estableció la consulta previa como parte de los requisitos establecidos para la obtención de la licencia ambiental⁴⁰. En años subsecuentes se dictaron una serie de decretos tendientes a normar la consulta previa. Es así que tenemos el Decreto N° 1.320 de 1998 del Ministerio de Interior de Colombia (reglamentario de la Ley 99 de 1993), por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio⁴¹. En el mismo tenor que el decreto precedente, se dictó el Decreto N° 2.613 de 2013 de la Presidencia de la República, por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación

³⁹Artículo 330°

⁴⁰Más específicamente, el artículo 76 estableció que las decisiones de explotación de recursos naturales se tomarán previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas.

⁴¹Dicho decreto procede a determinar el territorio que puede verse afectado por la explotación de recursos y, por ende, susceptible de ser consultado, así como también a la identificación de las comunidades indígenas y negras que potencialmente puedan verse perturbadas.

Interinstitucional para la consulta previa respecto a proyectos de Interés Nacional o Estratégicos (PINES)⁴².

No obstante lo anterior, a la fecha no existe en Colombia una ley que regule el procedimiento en concreto de consulta previa. Es más, respecto al Decreto N°1.320 de 1998, la Corte Constitucional ha señalado en revisión de casos concretos que este Decreto no cumple con los estándares de consulta previa, además de que no fue consultado⁴³. Misma consideración merece, por consiguiente, el Decreto N° 2.613 de 2013, el cual tampoco fue debidamente consultado. Mención especial tenemos para la Directiva Presidencial N° 1 de 26 de marzo de 2010 (dictada bajo la presidencia de don Álvaro Uribe Vélez), la cual tiene por objeto: reseñar los “mecanismos para la aplicación de la Ley N° 21 de 1991, señala(r) las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y establece(r) los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de consulta previa” (párrafo primero de la citada Directiva). Diversas organizaciones han considerado ilegítima la citada Directiva en atención a su naturaleza restrictiva y a que no fue consultada conforme al Convenio N° 169.⁴⁴ Frente a este contexto normativo, el Gobierno de Colombia (a través de su Ministerio de Interior) ha desarrollado un Proyecto de Ley Estatutaria por la cual se reglamenta la consulta previa para grupos étnicos, el cual, a la fecha, continúa en discusión.

Ante este escenario, en Colombia, de acuerdo a la normativa vigente, cabe destacar:

- i) Respecto al órgano responsable de la ejecución de las consultas sobre proyectos de inversión, es la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

⁴²Entre los aspectos relevantes del Decreto, encontramos el establecimiento de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior como organismo responsable de desarrollar los procesos de consulta y con la competencia exclusiva de certificar la presencia de comunidades étnicas para efectos de ejecución de consultas (artículo 4°).

⁴³Pero como sólo puede declarar inconstitucionales leyes, el Decreto se sigue aplicando.

⁴⁴Sin embargo, “el carácter jurídico de la directiva hace que no se pueda impugnar ante ninguna Corte, pero en la práctica es la que hoy siguen utilizando los funcionarios del gobierno para desarrollar las consultas previas”.

- ii) El financiamiento no lo asume el gobierno nacional, salvo que el proyecto sea de su propia iniciativa. Son “las entidades, organismos, empresas o titulares de proyectos” quienes deben financiar todas las actividades de la consulta previa⁴⁵.
- iii) La consulta se realiza 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 realiza 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 negras⁴⁶. Esta forma de enmarcar la consulta ha recibido críticas, ya que restringe el concepto de territorio indígena.
- iv) El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, debe elaborar los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras, para el caso de las comunidades indígenas con la participación de los representantes legales o las autoridades tradicionales.
- v) Es el dueño del proyecto que garantiza la financiación de los servicios de expertos de confianza de los pueblos indígenas, para efectos de analizar el Estudio de Impacto Ambiental. De no ser posible esto, se identifican dentro de las comunidades los profesionales o expertos que puedan colaborar con este análisis.
- vi) Un tema en actual debate es el que tiene que ver con la participación en los beneficios de los proyectos.

⁴⁵Directiva 1 del año 2010

⁴⁶Decreto N° 1.320 de 1998

2. Perú

En 1993 se aprobó una nueva Constitución Política, la cual introdujo dos preceptos novedosos uno referido al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2º, inc.19)⁴⁷, y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal. En este mismo período se ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, mediante la Resolución Legislativa N° 26.253 del 2 de febrero de 1994⁴⁸.

Posteriormente a la entrada en vigencia del Convenio N° 169, se dictaron una serie de leyes relativas a la inversión privada, en atención al contexto político-económico del país, cuyo principal objetivo era atraer la inversión (nacional y extranjera), especialmente en áreas de extracción de recursos naturales, las cuales se encontraban, muchas de ellas, en territorio indígena (o cercano a ellos), afectando de esta forma, su integridad y protección⁴⁹.

Es así, que a finales del 2000 se produjo un deterioro sostenido⁵⁰ de las relaciones Estado-comunidades indígenas, derivando en protestas y actos de

⁴⁷Artículo 2º de la Constitución Política de Perú de 1993 “Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete (...)”.

⁴⁸PERÚ. Congreso constituyente democrático. 1993. Resolución Legislativa N° 26.253 que aprueba el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. [en línea]. 26 de noviembre 1993.

<http://www.snmpe.org.pe/nuestros-sectores-snmpe/hidrocarburos_nuestros_sectores/legislacion/medio-ambiente-y-comunidades/resolucion-legislativa-n-26253-aprueba-el-convenio-169-de-la-oit-sobre-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independientes.html>.[consulta: 29 de mayo de 2015].

⁴⁹Así, tenemos la Ley N° 26.505 de julio de 1995, denominada Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

PERÚ. 1995. Ley N° 26.505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. [en línea]. 18 de julio de 1995. <<http://faolex.fao.org/docs/html/per4901.htm>> [consulta: 28 de mayo de 2015].

⁵⁰Hasta el mes de mayo de 2011, “la Defensoría del Pueblo registró 227 conflictos sociales, de los cuales el 51.5% se origina por conflictos socioambientales, los mismos que se concentran en las regiones de Amazonas, Ancash, Apurímac, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Junín, Lima, Piura y Puno, todas ellas regiones con poblaciones indígenas”. Fuente:

violencia. Para algunos autores, fueron dos los hechos que aceleraron la implementación por parte del gobierno de una serie de medidas⁵¹ atinentes a la materia, estos son “el enfrentamiento en Bagua entre los pueblos indígenas y efectivos de la Policía Nacional (5 de junio del 2009) y las movilizaciones de las comunidades quechuas y aymaras en Puno en contra de la minería (mayo de 2011)”⁵².

Es en este contexto de presión social que “el Estado decidió tratar el tema de la ley de consulta previa, libre e informada y se presentó un proyecto de ley”⁵³. El nuevo Presidente, don Ollanta Humala, poco después de asumir su cargo, aprobó la Ley N° 29.785 denominada Ley del Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (casi exacta al proyecto originalmente aprobado por el Congreso)⁵⁴.

Así las cosas, Perú entra a esta nueva década siendo el primer país en la región en contar con una Ley de Consulta Previa, e iniciando las gestiones para la

ANCHELÍA JESUSI, Karin. 2011. Derecho a decidir su desarrollo. Consulta previa, un derecho que asegura otros derechos indígenas. [en línea]. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas. Informe Especial. Junio 2011: 19- 20. <http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf> [consulta: 18 de mayo de 2015]. Pág. 19

⁵¹“Poco después de los conflictos, el gobierno peruano creó, bajo la presión masiva de la opinión pública y siguiendo las recomendaciones del relato especial de las Naciones Unidas, James Anaya, una plataforma oficial de diálogo con organizaciones indígenas”. Lo anterior, para que dentro de este marco, se crearan leyes para mejorar la situación de los pueblos indígenas. Así, fue la Mesa 3 la encargada de elaborar un borrador de ley de consulta previa, documento que fue publicado el 3 de diciembre de 2009 y que sirvió de base al proyecto aprobado por el Congreso el 19 de mayo de 2010.

MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO [s.a.] El Derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. [en línea]. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit o GIZ. <http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/BMZ-GIZ_Consulta%20previa%20normas%20practicasy%20conflictos_2013-06.pdf>. [consulta: 18 de mayo de 2015]. Pág.25

⁵²ARANDA ESCALANTE, Mirva. 2012. Los desafíos de la implementación de la consulta previa en el Perú. [en línea]. En: Por Vladimir Ameller “et al”. pp. 197-231. Pág. 200.

⁵³CARRIÓN, Patricia. 2012. Consulta previa: Legislación y aplicación. [en línea]. Cuadernos democráticos. Quito, Ecuador. Fundación Konrad Adenauer. <http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712> [consulta: 18 de mayo de 2015].Pág. 13.

⁵⁴La Ley en su artículo 1° reconoce la existencia en el Perú de pueblos indígenas u originarios.

elaboración de un reglamento de ejecución, cuyo borrador fue sometido al primer proceso de consulta durante el mes de Noviembre de 2011, y finalizando en Marzo de 2012 (cabe señalar que este proceso no estuvo exento de críticas, incluso varias organizaciones indígenas se restaron de seguir participando). Finalmente, el reglamento fue publicado el 3 de abril de 2012 mediante el Decreto Supremo N° 001 del 2012-MC⁵⁵.

Si bien los proyectos de inversión no son mencionados específicamente en la ley de consulta previa, en Perú todas las inversiones mineras e hidrocarburíferas involucran concesiones a operadores privados; por lo tanto, en tales casos la ley requiere que el Estado le consulte a cualquier población indígena potencialmente afectada por las decisiones que se adopten en el marco de dichas concesiones, y que trate de obtener su aprobación⁵⁶.

De acuerdo a la normativa vigente, cabe destacar:

- i) La legislación peruana establece que el ente estatal, que es responsable por la medida a consultar, es el mismo que debe realizar el proceso de consulta a la población potencialmente afectada⁵⁷, correspondiéndole la denominación de “entidad promotora”⁵⁸ (artículo 17°, Ley N° 29.785). De

⁵⁵Para ver la Ley y su reglamento, recomendamos :
PERÚ. 2011. Ley N°29.785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). [en línea]. 7 de septiembre de 2011. <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Ley-N---29785-Ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-originarios-reconocido-en-el-Convenio-169-de-la-Organizacion-Internacional-del-Trabajo-OIT.pdf>> [consulta: 18 de junio de 2015].

⁵⁶SANBORN, Cynthia A. y PAREDES Álvaro. Consulta Previa en Perú. Pág. 3. [en línea]. <<http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>>[consulta: 18 de junio de 2015].

⁵⁷Artículo 17° de la Ley N° 29.785.

⁵⁸Recordemos que el reglamento define el concepto de “Entidad promotora” de la siguiente manera: Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Las entidades promotoras son:

- i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.

- ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.

- iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

esta manera si una medida establece modificaciones en la política educativa dirigida a las escuelas bilingües para niños indígenas, entonces el Ministerio de Educación es la autoridad correspondiente; igualmente, si involucra concesiones hidrocarburíferas, sería la empresa estatal PERUPETRO S.A.⁵⁹

- ii) La ley establece también que el Ministerio de Cultura, específicamente el Viceministerio de Interculturalidad, debe coordinar todas las políticas públicas relacionadas con la implementación del derecho de consulta⁶⁰, siendo éste, el organismo técnico especializado en materia indígena⁶¹. A él corresponde brindar asistencia técnica y capacitación a otras agencias estatales, así como también a los pueblos y organizaciones indígenas, además le corresponde tratar las cuestiones que surjan en el proceso de consulta. No obstante, no está facultado para sancionar a otras agencias si éstas no respetan este derecho.

⁵⁹SANBORN, Cynthia A. y PAREDES Álvaro. Consulta Previa en Perú. Pág. 4. [en línea]. <<http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>>[consulta: 18 de junio de 2015].

⁶⁰Ibíd.

⁶¹Artículo 19° de la Ley N° 29.785: “Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:

- a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
- b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
- c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.
- d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.
- e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.
- f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.
- g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.
- h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.
- i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento

- iii) En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta. En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida. La aplicación de estas disposiciones se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras (artículo 18).
- iv) En cuanto al contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, se prescribe que ellos deben incluir información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión.
- v) La consulta previa se realiza cuando los pueblos indígenas resulten afectados directamente por una medida administrativa o legislativa, entendiéndose como afectación no sólo los derechos colectivos sino la existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Complementando estas disposiciones, el reglamento define que hay afectación directa cuando existen “aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”. El tema que se presenta sobre estos articulados, es que no queda claro cuáles deberían ser los temas a ser consultados, salvo el caso de los temas que afectan recursos naturales.
- vi) Respecto a la participación en los beneficios, el Decreto de Urgencia N° 028-2006 estableció que el 5% del canon petrolero que reciben los gobiernos regionales y locales deberá invertirse a favor de las comunidades campesinas nativas ubicadas en las respectivas zonas de

explotación de recursos naturales. De igual manera, el Decreto de Urgencia N° 026-2010, determinó que los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales destinarán el 10% y 5%, respectivamente, de los fondos que les son asignados por concepto de canon y sobrecanon petrolero, a favor de las comunidades nativas⁶².

VI. Propuestas

1. Desvinculación de la consulta del SEIA:

Debido, entre otros factores a:

- i) La exclusión de proyectos sobre recursos naturales en tierras indígenas por no satisfacer los criterios de magnitud con los que opera el SEIA;
- ii) La imposibilidad del SEIA de operar en etapas tempranas del proyecto, antes del ingreso del proyecto;
- iii) La multiplicidad de órganos que llevan adelante la consulta de un mismo proyecto en sus diversas fases;
- iv) La dificultad de los estudios de impacto ambiental de evaluar impactos sociales, económicos, culturales y espirituales;
- v) La dificultad del SEIA de canalizar instituciones no ambientales, como la participación razonable en los beneficios; y
- vi) Mejorar la capacidad técnica de la Administración en el diseño, ejecución y fiscalización del cumplimiento de los diversos estándares internacionales.

Se propone desvincular la consulta indígena del SEIA, a fin de superar sus limitantes estructurales, y entregarla a un organismo público, funcionalmente

⁶²Ibíd. Pág. 337.

descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través de un determinado Ministerio (que puede ser el futuro Ministerio de Asuntos Indígenas, Subsecretaría de Derechos Humanos, etc.). Su Director debería ser nombrado por alta dirección pública para garantizar su imparcialidad. Este organismo será el responsable de las consultas de los proyectos de desarrollo y de inversión y de todas las demás medidas administrativas y anteproyectos de medidas legislativas que puedan afectar a los pueblos indígenas, con la asistencia técnica de CONADI y coordinación de las demás autoridades que llevarán a cabo la medida.

A fin de financiar los procesos de consulta, debe establecerse un mecanismo para que los titulares de los proyectos de inversión asuman el costo.

Este organismo emitirá un informe por cada fase del proyecto en que se realice la consulta, terminado un informe final en que:

- i) De cuenta del cumplimiento de los estándares internacionales de la consulta;
- ii) En caso de desacuerdos, establezca las garantías para asegurar la restricción legítima de los derechos humanos sustantivos de los pueblos indígenas respetando las hipótesis de consentimiento reconocidos en el derecho internacional y todos los demás estándares. Este informe final debe ser requisito previo para la aprobación de la RCA; y
- iii) Por último, deberá fiscalizar el cumplimiento de los acuerdos en la fase de ejecución del proyecto.

Dentro de sus funciones se encontrará, además: i) Diseñar, articular y coordinar la política pública de implementación del derecho a consulta; ii) Proporcionar asistencia técnica y capacitación previa a los funcionarios públicos que participen en los procesos de consulta; iii) Emitir el informe de pertinencia, de oficio o a petición de los órganos del Estado.

2. Respecto a la oportunidad:

Se propone establecer la consulta en las etapas iniciales del proyecto y durante todo su transcurso. De esta manera:

- i) Se consultará en cada una de las etapas de ingeniería del proyecto (perfil, prefactibilidad, factibilidad), a fin de que se puedan debatir las diversas alternativas de los proyectos, influir sustantivamente en el diseño de la alternativa definidas conjuntamente y garantizar los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas;
- ii) Se consultará previo al otorgamiento de la concesión sobre los recursos naturales, y cualquier autorización que implique una alteración jurídica en el uso y goce del derecho.
- iii) Se consultará la RCA, luego de haberse conocido los resultados del estudio de impacto ambiental y social, a fin que puedan manifestar su consentimiento o no al proyecto libre e informadamente.

La consulta indígena será paralelo a la evaluación ambiental del proyecto.

3. Respecto a los estudios ambientales:

Los estudios ambientales deben estar a cargo de consultoras independientes. Para ello puede ser útil la creación de un sistema de acreditación de consultoras que prestan servicios de evaluación de impacto ambiental y establecer responsabilidad legal por la entrega y el uso de la información.

4. Respecto de las causales de ingreso:

Debe consagrarse expresamente la hipótesis del artículo 15.2 del Convenio N° 169, garantizando la consulta de los proyectos sobre recursos naturales existentes en sus territorios.

Junto con la reforma al SEIA, debe adecuarse los mecanismos e instrumentos de la autoridad para la demarcación, delimitación y titulación de los territorios indígenas, a fin de identificar las medidas a consultar como a los sujetos participantes.

5. Respecto de la participación en los beneficios:

Iniciar los estudios para establecer, con participación de los pueblos indígenas, el mecanismo o los mecanismos que permitan cumplir con dicha obligación internacional. Este mecanismo debe propender a fomentar modelos de asociatividad más allá de compensaciones por impacto, y debe establecer medidas para corregir asimetrías de poder.

