

Chile, consulta previa y contexto regional

Felipe Agüero¹

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que referiremos en adelante como C169, establece una serie de derechos de los pueblos indígenas y tribales y provee mecanismos y obligaciones como medios de proteger esos derechos. Por ejemplo, la obligación que el Estado adquiere de consultar a estos pueblos en presencia de medidas legislativas o administrativas que los afecten —una consulta previa, libre e informada (CPLI)— está destinada a proteger las condiciones para su supervivencia, la mantención de sus tradiciones y culturas, sus decisiones sobre sus propias prioridades de desarrollo, la posesión y acceso a tierras, y otros derechos.

Este acuerdo internacional resultó de una larga negociación entre todas las partes interesadas y que participan en la OIT y estaba orientado a superar el anterior Convenio 107 y sus visiones integracionistas. El nuevo convenio daba un salto adelante al reconocer el derecho de los pueblos a mantener su propia identidad, cultura y derechos diferenciados; a la diferencia y la diversidad étnica y cultural como un valor para toda la sociedad; y a llamar al Estado a soste-

1 Felipe Agüero, doctor en Ciencia Política, Duke University. Sociólogo y licenciado en Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor titular del Instituto de Asuntos Públicos (INAP), Universidad de Chile.

ner genuinos diálogos interculturales de buena fe con el propósito de alcanzar acuerdos, en el caso de la consulta previa.

El Convenio entró en vigor en 1991 al ser ratificado por Noruega y México en 1990, países a los que muy luego siguieron Colombia y Bolivia en 1991. Desde entonces ha sido ratificado por casi todos los Estados latinoamericanos.² En este sentido, el C169 se encuentra en plena vigencia e implementación en casi toda la región, y avanza en términos de los efectos institucionales que va teniendo en los diferentes países.

No obstante, al mismo tiempo, el Convenio es fuertemente controvertido, criticado desde diversos sectores y muchas veces resistido por el mismo Estado. La situación que lo ha tornado especialmente controversial es el contexto de auge de las inversiones en sectores extractivos —minería y petróleo— y las acompañantes inversiones en energía e infraestructura. En general, las áreas geográficas para el desarrollo de los proyectos de inversión tienden a coincidir con territorios habitados por comunidades indígenas. Esta situación ha dotado la implementación del C169, especialmente sus cláusulas sobre consulta previa, de altos grados de controversia y conflictividad. Numerosos obstáculos mantienen una amplia brecha entre el espíritu y propósito del Convenio y el grado y forma de su implementación.

Los países miembros del C169 en América Latina muestran importantes variaciones en términos del año de ratificación, yendo desde México en 1990 a Nicaragua en 2010. También en el peso demográfico y político de sus comunidades indígenas y afrodescendientes; el tipo y densidad de aplicación del Convenio en cuanto a la consulta; los contextos legales internos, y otros factores. Junto a estas diferencias, los países comparten una serie de dificultades de implementación y frustraciones expresadas desde diversos sectores. Es por esto que un estudio en profundidad debe proponerse analizar estas cuestiones desde una amplia perspectiva comparada y tomando una variedad de casos, pero aquí solo podrán considerarse algunos ejemplos de la región andina.

1 La consulta previa en Chile hoy

Está visto que la consulta previa indígena, bajo los preceptos del Convenio 169 de la OIT (C169), aparece hoy para muchos en Chile como un problema. Ya en un número anterior de este mismo medio hicimos notar que círculos dirigentes empresariales y políticos, antes de la última elección presidencial, dieron a entender su preferencia por que Chile se saliera del Convenio, posibilidad que, en una errónea interpretación de él, se hubiera dado el año 2018, a diez años

2 Las 23 ratificaciones incluyen también, fuera de la región, a la República Centroafricana, Dinamarca, España, Fiji, Luxemburgo, Nepal y los Países Bajos.

de su ratificación por Chile. Esta intención podría seguir alentándose para la próxima oportunidad efectiva, el año 2021, pese a las dificultades de distinto tipo que enfrentaría. Tal iniciativa no sería inconsistente con orientaciones recientes de política exterior que recelan de compromisos internacionales, como se manifestó en el rechazo de Chile a ratificar el acuerdo de Escazú y el Pacto Migratorio. Las razones esgrimidas frente al C169 fueron que este obstaculiza, impide o demora excesivamente los proyectos de inversión, creando niveles indeseables de incertidumbre y transformándose, en suma, en un obstáculo al desarrollo.

Los problemas de la consulta previa, libre e informada (CPLI), en el sentido expresado arriba, se han hecho patentes recientemente en Chile con la consulta que el Gobierno ha intentado impulsar desde mayo recién pasado sobre la reforma a la Ley Indígena. Son varios los temas planteados en la consulta, pero el más llamativo es el que busca hacer posible el arrendamiento de tierras indígenas, apuntando a un aspecto clave de la ley que afirma la inalienabilidad de la propiedad indígena de la tierra.³ Este intento ha provocado múltiples y generalizadas manifestaciones de rechazo de parte de comunidades indígenas a lo largo de todo el país, y no solo entre comunidades mapuche. Algunas se han resistido a participar en la consulta y otras, participando, aun si solo en la primera fase informativa, han expresado ya su rechazo a la propuesta de modificar la ley. El Gobierno ha decidido poner "pausa" al proceso y ha considerado la posibilidad de posponerlo. El rechazo al intento de reforma de la Ley Indígena ha dado un nuevo y duro golpe a los esfuerzos de acercamiento y a la apuesta al diálogo que iniciara el ministro Alfredo Moreno desde el Ministerio de Desarrollo Social y la Familia, apuesta ya severamente dañada por el asesinato de Camilo Catrillanca, que ha profundizado la desconfianza indígena hacia el Gobierno y el Estado.

No hay estudios que evalúen de manera global los procesos y resultados de los distintos tipos de consulta (nacionales y locales), alrededor de cien, llevados a cabo en Chile bajo el alero del C169 desde que entró en vigencia, pero es claro que han evidenciado numerosas dificultades. Por ejemplo, la consulta acerca de los artículos referidos a pueblos indígenas contenidos en la propuesta de Nueva Constitución que se hizo durante el gobierno de Michelle Bachelet, resultó en la expresión de preferencias claras y consistentes con normas internacionales de parte de las comunidades consultadas. Sin embargo, los artículos que finalmente aparecieron en el proyecto del Gobierno que se envió al Congreso durante los últimos días de su mandato, en marzo de 2018, difirieron

3 Hernando Silva, "La propuesta de modificación de la Ley Indígena: una amenaza para la protección de las tierras del pueblo mapuche y una estrategia para su incorporación en el mercado", *Observatorio Ciudadano* (Opinión), 23 de mayo, 2019. <https://bit.ly/2NSNXH9>

ron considerablemente de esas preferencias.⁴ Otro ejemplo, bastante reciente, es el cambio que ha hecho el Gobierno en el diseño del camino propuesto en la reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el cual en buena medida se explica por la decisión de evitar la realización de una Consulta Indígena.⁵

Estos ejemplos destacan distintos aspectos de las dificultades que enfrenta la implementación del C169, especialmente en lo relativo a la consulta previa. Por ejemplo, evitar la CPLI como parte de un diseño explícito, como en el caso del camino de la reforma al SEIA, aun cuando se sabe que las medidas adoptadas o que se adopten sí afectan a comunidades indígenas y que, por lo tanto, debieran ser consultadas. Esto es parte de un diseño más general que involucra disponer límites geográficos, temáticos o sectoriales a la aplicación de la CPLI, como se hace, por ejemplo, con la noción de afectación específica, y que lleva a dejar fuera, en Chile, temas como, por ejemplo, la Ley de Pesca. En el resto de América Latina se encuentran también múltiples ejemplos de limitaciones de este tipo.

El caso de la consulta sobre los artículos relativos a lo indígena en la propuesta de Nueva Constitución refiere al elemento no vinculante de ella. Los indígenas dan su opinión, pero las autoridades no la consideran y adoptan decisiones diferentes a las preferencias indígenas expresadas. Esto, que ocurre en consultas de carácter tanto nacional como local, es bastante común en toda la región, lo que lleva a los pueblos indígenas a perder confianza en ellas.

En el caso del intento de reforma de la Ley Indígena, podría ocurrir lo mismo que en la Consulta Constitucional; es decir que, escuchadas las opiniones indígenas (incluidas las de rechazo de la consulta misma), el Gobierno siga adelante con sus intenciones originales de reforma de la ley. Hay, sin embargo, un agravante en este caso, y es que la reforma va al corazón de los intereses indígenas: la tierra. Las expresiones de rechazo indígena tanto al contenido de la reforma propuesta como, por eso mismo, al proceso de consulta, son un reflejo de que se percibe aquí un asalto a aspectos esenciales de la identidad indígena. Se revela así, de parte del Gobierno, una profunda incompreensión de lo que constituye esta identidad y su inextricable conexión con la tierra; y, al mismo tiempo, una decisión de avanzar resueltamente en el propósito de lo que desde el Gobierno llaman la reconversión agrícola; esto es, la modernización capitalista del campo, sin consideración por el significado de la tierra para las comunidades.

4 José Aylwin, "El proyecto constitucional de Bachelet y la demanda ciudadana por una nueva Constitución", *El Mostrador* (Opinión), 10 de marzo, 2018. <https://bit.ly/2NPRWUN>

5 "Gobierno da un giro: elimina macrozonas y participación anticipada en reforma al SEIA", *El Mercurio*, 18 de junio, 2019, B3. <https://bit.ly/2XV7rex>

Este desconocimiento es llamativo, pues el Programa de Gobierno de Sebastián Piñera reconocía —de forma inédita en la derecha— que los problemas en la Araucanía se originan en la “ocupación por el Estado chileno durante la segunda mitad del siglo XIX... [lo que] dio origen a problemas de muy difícil solución”,⁶ visión que reiteró el Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en La Araucanía de septiembre de 2018. Pero esta forma de plantear la visión de que el asunto de las tierras, su usurpación por el Estado chileno, era la clave del problema, terminó revelándose como una acomodación puramente retórica al avance de la postura indígena en el sentido común nacional. Su verdadera visión, en cambio, planteada también en el Programa de Gobierno, era que el problema de tierras se refiere a las tierras restituidas a comunidades indígenas, que permanecen improductivas y sujetas a ataduras legales que impiden la flexibilidad necesaria para su adecuado uso. De aquí entonces el propósito de “modificar la ley indígena para potenciar el uso productivo de las tierras entregadas a los miembros del pueblo mapuche reduciendo o eliminando las prohibiciones de vender, hipotecar, arrendar, o disponer de sus tierras”.⁷

2 La tierra y la identidad indígena

Los pueblos indígenas han ido acumulando experiencia y sabiduría —que han compartido entre ellos a través de regiones y continentes— sobre las amenazas y efectos perniciosos que acarrearán el apetito por sus tierras. En las palabras de Ciaran O’Faircheallaigh, profesor de Griffith University en Australia y con amplia experiencia en asesoría a comunidades indígenas en negociaciones con empresas, pronunciadas en un encuentro reciente en ICARE: “Para las personas indígenas, en todo contexto en el que he trabajado, el principio fundamental es que no pueden entregar la responsabilidad de su tierra a nadie más. *La tierra es la identidad social de las personas*, la identidad cultural, es su sustento y, por lo tanto, deben mantener el control de todo lo que ocurre ahí”. Y agregaba: “En el mundo indígena simplemente no es posible permitirles a otras personas controlar lo que ocurre en sus tierras. Esto es fundamental. Cuando las personas indígenas insisten en tener este control, no están siendo testarudas, no es que se estén oponiendo al desarrollo, *están siguiendo su lógica*”.⁸ Después de admitir haber aprendido en pocos meses de contacto con

6 Sebastián Piñera Echenique, *Construyamos Tiempos Mejores para Chile. Programa de Gobierno 2018-2022*. www.sebastianpinera.cl. Véase también Felipe Agüero, “Derechos Indígenas e institucionalidad: visiones desde las candidaturas presidenciales”, *Documento de Trabajo ICESO*, no. 44 (enero 2018) (Universidad Diego Portales). <https://bit.ly/2JxH8Xa>

7 Sebastián Piñera, *Construyamos...*, p. 124.

8 Ciaran O’Faircheallaigh, “La tierra es la identidad social de las personas, es su sustento y, por lo tanto, deben mantener el control de todo lo que ocurre ahí”, *Encuentro ICARE, “Pueblos Indígenas y Desarrollo Sustentable”*, 10 de junio, 2019. <https://bit.ly/2Jx5CzC>. Énfasis en el original.

líderes indígenas lo que no habían aprendido en toda su vida, siguiendo la iniciativa de encuentros organizados por el ministro Moreno, los dirigentes empresariales y de gobierno continuaron, no obstante, en desconocimiento de lo esencial, esta conexión identitaria con la tierra.

La conexión de la tierra con la identidad misma de cada pueblo encuentra múltiples manifestaciones en toda la región. Por ejemplo, una movilización reciente (2017) de la Confederación de Naciones Indígenas del Ecuador (Conaie) consistió en una marcha de dos semanas y 320 kilómetros a Quito para obtener del Gobierno el compromiso de no hacer nuevas concesiones mineras y petrolíferas en zonas donde no se había hecho consulta. Como respuesta al incumplimiento del Gobierno, el Consejo Coordinador de la Nación Waorani del Ecuador-Pastaza (Concanawep) movilizó en febrero de 2019 a cientos de líderes ancianos y jóvenes que descendieron sobre Puyo, capital de la provincia amazónica de Pastaza, para presentar una demanda judicial contra los ministros de Energía y de Medio Ambiente por la aplicación defectuosa de la Consulta Indígena. Esto en el contexto de la decisión del Gobierno de emitir dieciséis concesiones petrolíferas en una vasta extensión que se sobrepone al territorio de diversas nacionalidades indígenas. Los indígenas desfilaron por la ciudad, cantando, y luego continuaron cantando en la audiencia judicial, hasta que el juez, sobrepasado por el ruido ensordecedor, tuvo que detener la sesión hasta no conseguir un traductor a la lengua waorani.⁹

Otro ejemplo lo representa la movilización sin precedentes de indígenas amazónicos en el Perú en 2009 contra un paquete de decretos emitidos por el presidente Alan García, que permitirían la concesión de extensos territorios a multinacionales petroleras o para el cultivo de biocombustibles. Esta movilización fue contestada con fuerte represión por el Gobierno con uso del Ejército y la Marina, y luego con la declaración del Estado de Emergencia en la zona. A su vez, en respuesta, los líderes indígenas indicaron su disposición a dar la vida en defensa de sus territorios. “Las naciones indígenas aglutinadas en la Asociación Interétnica de la Selva Peruana (Aidesep), dicen que no le temen a la declaratoria de emergencia. ‘El gobierno puede decretar estado de emergencia pero los pueblos amazónicos están dispuestos a morir porque con estos decretos legislativos el gobierno les ha declarado la guerra abiertamente’, [señaló] Alberto Pizango, presidente de Aidesep y representante del movimiento indígena frente al gobierno”.¹⁰ Nótese que el grito de “La selva no se vende, se

9 Independent Media Institute, “Indigenous peoples go to court to save the Amazon from oil company greed”, *EcoWatch*, 11 de abril, 2019. <https://www.ecowatch.com/waorani-resistance-2634313869.html>.

10 Véase Beatriz Jiménez, “Selva peruana en guerra contra Alan García”, *Crónicas desde Latinoamérica*, *elmundo.es/Blogs*, 12 de mayo, 2009. <https://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/12/cronicasdesdelatinoamerica/1242118361.html>.

defiende” esgrimido en esta movilización fue replicado diez años más tarde en territorio mapuche: “La tierra no se arrienda ni se vende, se defiende”.

Lo que tienen en común los casos presentados arriba (evitar la consulta, ignorar las preferencias expresadas en una consulta, hacerla afectando temas centrales de la identidad indígena, o hacerla mediante procedimientos defectuosos) es la ausencia de aquella *buena fe* a que llama, como elemento clave, el Convenio 169. Este establece en el punto 2 del artículo 6: “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”. Esto parte de la base del reconocimiento de la necesidad de garantizar la supervivencia de estos pueblos y sus culturas, afirmados en la tierra (véase su Parte II, Tierras), mediante su derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo, instituciones y formas de gobierno, en sus tierras ancestrales, y de asegurar su participación en las decisiones que les afecten. Se trata, en suma, del reconocimiento de la diversidad y de un diálogo intercultural efectivo con vistas a esos acuerdos o consentimiento. El principio de buena fe para gobernar las relaciones interculturales mediante un diálogo genuino en medio de esta diversidad es justamente el que está ausente en los casos descritos.

El punto clave que anima el Convenio es, entonces, la voluntad de los Estados de reconocer la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos, y sobre esa base llegar a acuerdo en medidas que los afecten. En este marco, la consulta es el mecanismo que materializa esa voluntad en casos específicos, pero que al mismo tiempo es parte de una disposición general del Estado a expresar institucionalmente ese reconocimiento mediante diversas formas de participación indígena, el respeto a la autonomía en sus decisiones y, muy especialmente, a sus derechos sobre las tierras ancestrales.

3 Una mirada regional

Sin la forma recién señalada de asumir el Convenio, los Estados y elites dirigentes terminan siendo defraudados a la hora de su aplicación. Se sorprenden de sus contenidos, que parecen no haber conocido o internalizado plenamente. En verdad, la puesta en marcha en cada país de la cláusula sobre consulta previa es lo que ha venido a revelar todas las otras dimensiones del Convenio, y lo que ha gatillado en muchos casos un rechazo *a posteriori* de él. Es cierto, también, que la puesta en práctica de la consulta coincidió en el tiempo en la mayoría de los países con el auge de grandes inversiones en minería e hidrocarburos —el modelo extractivista— en zonas de asentamientos indígenas, con las acompañantes grandes inversiones en infraestructura y energía. El Estado e inversionistas privados actuaron de conjunto para destrabar los proyec-

tos y apurar los procesos extractivos con la mira puesta en las rentas a futuro. En este contexto, la consulta les parecía una irritante traba.

La mirada empresarial crítica del C169, con intención de considerar la salida de sus países del Convenio tal como empezó a manifestarse en Chile hace solo algunos años, tuvo precedentes en otros países. En Brasil, por ejemplo, se debatió hace algunos años la conveniencia y posibilidad de salida del C169, y en este caso las discusiones tuvieron lugar en la Cámara de Diputados.¹¹ Los problemas también se plantearon frontalmente con ocasión de la reacción del gobierno de Brasil a las medidas que tomó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la construcción de la represa de Belo Monte, ordenando suspender los trabajos por no haberse realizado consulta previa. Como reacción, el gobierno de Dilma Rouseff inició una ofensiva que amenazó con limitar severamente las facultades de esa comisión.¹²

En Colombia también se han escuchado planteamientos de empresarios en contra del C169. En el 11^{er} Simposio del Oro y la Plata realizado en Lima en mayo de 2014, “Eduardo Chaparro, director ejecutivo de la Cámara Asomíneros de Colombia, sostuvo que *los países latinoamericanos podían verse en la necesidad de denunciar ante la OIT el Convenio 169* a fin de evitar la paralización de proyectos de minería y petróleo. ‘El desarrollo de las cosas ha derivado en que, muchas veces, existe gente especializada en obstaculizar los proyectos a través de la consulta previa y eso se convierte en un mecanismo de extorsión’”, señaló.¹³

La idea de que la oposición de indígenas a proyectos de inversión inconscultos los constituye como trabas al desarrollo, o como “palos en la rueda”, ya había sido famosamente expresada por el presidente Alan García en Perú en 2007, cuando se refirió a que los indígenas amazónicos obedecían “la ley del perro del hortelano” (si no lo hago yo, que no lo haga nadie, o que no come ni deja comer), anunciando ya las bases de las movilizaciones mencionadas arriba y la conflictividad que derivaría luego en los trágicos sucesos en la Curva del Diablo en Bagua, en la Amazonía peruana, conocidos como “el Baguazo”.¹⁴

11 Cesar Augusto Baldi y Lilian Marcia de Castro Ribeiro, “A proposta de revogação da convenção 169 da OIT pelo Brasil e princípio da vedação do retrocesso social”, *Fragmentos da Cultura*, vol. 25, no. 2 (abr-jun 2015). pp. 241-252. <http://dx.doi.org/10.18224/frag.v25i2.4184>

12 Marlon Alberto Weichert y Gustavo Miranda Antonio, “La experiencia brasilera de diálogo con decisiones del Sistema Interamericano”, en CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Aportes para la Administración de Justicia* (Buenos Aires: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL, 2016), pp. 87-88. <https://www.cejil.org/es/implementacion-decisiones-del-sistema-interamericano-derechos-humanos>. También, Carlos Andrés Baquero, Celeste Kauffman y César Rodríguez-Garavito, “Intervención en caso Belo Monte” (Amicus Curiae), *DeJusticia* (julio 2, 2014). <https://www.dejusticia.org/litigation/intervencion-en-caso-belo-monte/>

13 *El Comercio*, Lima, 21 de mayo, 2014 – énfasis en el original.

14 Milton López Tarabochia, “Baguazo: 10 cosas que debes saber antes de la sentencia por el conflicto

Estas expresiones de descontento de parte de líderes políticos y empresariales, que se sintetizan en la visión del C169 —en particular de la consulta— como una traba al desarrollo, está aparejada con una gran frustración también de parte de comunidades y líderes indígenas. En el caso de estos últimos, la frustración ha surgido porque no ven que la consulta respete sus aspiraciones ni tampoco que proteja sus derechos, sus territorios, o las condiciones en que se desenvuelven sus vidas. En muchos casos terminan desarrollando apreciaciones de que la consulta ha sido convertida en meros trámites para que las empresas y los grandes proyectos obtengan la “licencia social” requerida para darles inicio. Se distorsiona así el sentido de la consulta, transformándola en un instrumento de legitimación de proyectos que, aun siguiendo formalmente los pasos establecidos, terminan aprobando iniciativas que debilitan fuertemente la posición de las comunidades frente a la tierra y/o dañando el medioambiente en sus territorios.

Como se señaló antes, hay diferencias en la evaluación de consultas de carácter nacional y las de carácter local, centradas estas últimas en proyectos específicos. En muchos casos, las consultas nacionales, debido a que tienen mayor visibilidad y a que participan en ellas las dirigencias indígenas nacionales, con mayor apoyo y asesorías, se acercan más al espíritu de la consulta en el marco del Convenio. Ejemplos de esto han sido la consulta sobre la creación del Ministerio de las Culturas en Chile, la consulta sobre el Decreto de Reparación y Restitución de Tierras para Pueblos Indígenas en Colombia,¹⁵ o sobre Política de Salud Intercultural o la Reglamentación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre en Perú.

Pero en los otros ámbitos, las críticas indígenas a las formas de llevar a cabo la consulta, especialmente en zonas específicas, han sido fuertes. Por ejemplo, en Perú, en el marco de la campaña “Consúltame de Verdad”, promovida por Oxfam, la ONG Cooperación y dirigentes indígenas, 36 dirigentes de las organizaciones nacionales de pueblos indígenas que representaban a comunidades de todo el país, en una reunión en Lima el 13 de febrero de 2018, concluyeron:

Uno de los principales cuestionamientos es que la consulta se ha convertido en un mero formalismo y se realiza en las etapas finales del proceso de inversión minera y petrolera, cuando ya no hay ninguna decisión relevante

ambiental más relevante en el Perú”, *Mongabay Latam*, 22 de septiembre, 2016. <https://es.mongabay.com/2016/09/baguazo-10-cosas-debes-saber-la-sentencia-los-acusados-conflicto-ambiental-mas-sonado-peru/>

15 César Rodríguez Garavito y Natalia Orduz Salinas, *La Consulta Previa: Dilemas y soluciones* (Bogotá: De-Justicia, 2012).

que tomar.¹⁶ Además, instrumentos tan importantes como el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y el Plan de Cierre de Minas no pasan por consulta. Otro cuestionamiento es la rapidez con que se vienen dando las consultas. En algunos casos, las etapas informativa y de evaluación se realizaron en un mismo día. Además, muchos de los acuerdos que se alcanzan en estos procesos son en realidad obligaciones que ya tiene el Estado, al margen de la consulta.¹⁷

Las críticas contenidas aquí (que en la práctica la consulta no es realmente previa, que no se aplica en temas relevantes, que no se respetan demandas indígenas sobre el procedimiento, y que se consulta sobre asuntos sin relevancia solo para reafirmar responsabilidades que el Estado ya tiene) se repiten sistemáticamente en el resto de los países de la región.

Por estas y muchas otras razones, las comunidades indígenas a menudo se desinteresan en la consulta, a veces rechazándola de plano cuando se hace muy evidente el intento solo de legitimar muy rápidamente un proyecto que no da garantías. Otras veces, como ocurre con comunidades en Brasil, han desarrollado sus propios protocolos de consulta, que anteponen a los del Estado o las empresas cuando llegan con proyectos. También, en otros casos se prefieren caminos diferentes para afianzar más directa y claramente sus derechos sobre la tierra y territorios, rechazando la realización de consultas e ideando estrategias que les permitan mayor protección.

No obstante, aun en medio de estas frustraciones y críticas, el C169 es visto finalmente como un importante instrumento para la protección de los derechos indígenas, sobre todo si se apoya también en la posterior Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁸ Esta es la apreciación de organizaciones indígenas y de organizaciones de derechos humanos o enfocadas específicamente en derechos indígenas, que trabajan con

16 Es notable el parecido de esta queja con la que se editorializa en el vespertino *La Segunda* respecto de la intención del gobierno de Piñera de no innovar en relación con la idea de consulta anticipada, todo esto en el marco de la SEIA, es decir, no necesariamente referida a Consulta Indígena. Dice la columna editorial: "Restringir la participación a su estado actual parece insuficiente. Los proyectos son dados a conocer a la ciudadanía cuando las decisiones fundamentales de localización, diseño y tecnología son prácticamente imposibles de modificar. Con ello, la injerencia de la sociedad civil se restringe a decisiones menores o la negociación de prebendas con el desarrollador. Ello incentiva también a que la oposición ciudadana se manifieste impugnando los proyectos en la justicia, lo cual suele perjudicar también a los proponentes". *La Segunda*. Columna editorial, 4 de julio 2019, p. 8.

17 <https://consultape.com/2018/01/24/consultame-de-verdad-campana-pone-en-evidencia-limitaciones-de-consulta-previa-en-extractivas/>

18 La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General el jueves 13 de septiembre de 2007, con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Desde su aprobación, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos de Norte América han revertido su decisión y se han adherido a la Declaración. Colombia y Samoa también han revertido su posición y han indicado su apoyo a la Declaración. <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>

comunidades y organizaciones indígenas. La razón es que el C169 obliga a los Estados a reconocer y hacerse cargo de los derechos allí establecidos, incluida la consulta previa, realizada de buena fe, y porque ha sido un poderoso instrumento de difusión de estos derechos a través de todas las comunidades, incluso de algunas alejadas de esta socialización. También ha sido un poderoso instrumento de movilización y organización, de desarrollo de alianzas tanto nacionales como internacionales, de concreción de redes de defensa de sus derechos con organizaciones de defensa legal en todos los niveles, y de presencia en órganos internacionales y multilaterales. En casos como el chileno, en que no hay reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas ni mención alguna de estos pueblos en la Constitución, el C169 es aún más relevante.

Esta breve mirada regional sobre las críticas recientes al C169, y en particular a la consulta previa, contextualiza las dificultades que se enfrentan en Chile, destacando elementos comunes y también diferencias. Una mirada un poco más detenida a otros casos nacionales en la región iría en el mismo sentido, situando mejor las dificultades enfrentadas en Chile, así como las oportunidades. Se han dado varios ejemplos de Perú, y una revisión breve de este caso, como el de Colombia, puede proveer comparaciones de interés para el caso de Chile.

4 El C169 y la consulta en Colombia y Perú: diferencias y elementos comunes

El Convenio 169 entró en vigencia en Perú en 1995, luego de que este país lo ratificara en 1994. En la Constitución peruana, de 1993, los tratados internacionales suscritos por el Estado, como el C169, son parte del derecho nacional. Este rango constitucional del C169 ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional.¹⁹ Además, otras cláusulas de la Constitución —derecho a la identidad cultural y la propiedad indígena, sus instituciones propias, el derecho propio, autoridades propias y la jurisdicción indígena— hacen que prevalezca en Perú la visión de un bloque de constitucionalidad, del que el C169 es parte.²⁰

Pese a su entrada en vigencia, el Convenio prácticamente no fue usado ni implementado. La ratificación ocurrió, sin debate ni visibilidad, al calor de la nueva Constitución y el retorno de Fujimori al ruedo democrático, bajo presión

19 Fundación para el Debido Proceso (DPLF), *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* (Washington, D.C.: DPLF/Oxfam, 2015), pág. 9. <https://bit.ly/30xLvqR>

20 Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), *Informe Regional Comparativo. Desarrollo de los derechos a la consulta previa, territorio, salud, educación, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú* (Lima: COICA, 2016), p. 2. https://www.dar.org.pe/archivos/inf_c169_COICA_DAR.pdf

de la OEA, después del autogolpe que protagonizara. La ratificación tuvo así el propósito de señalar un compromiso con acuerdos internacionales, de marcar la vuelta con legitimidad al concierto internacional, pero sin ninguna intención de implementación efectiva. Solo a propósito de la movilización indígena en la Amazonía ya mencionada arriba en contra de los decretos de 2008 que daban entrada a la exploración y explotación petrolera, y la violencia que desató, el C169 fue rescatado del olvido. Como reacción a los violentos sucesos de Bagua, se desarrollaron mesas de trabajo e iniciativas en favor de comenzar a implementar el Convenio, principalmente a través de una ley de consulta previa. Esta se promulgó, después de aprobación unánime, el año 2011, es decir, dieciséis años después de la entrada en vigor del C169. La adopción de esta ley fue vista como “uno de los principales logros del movimiento indígena”, que permitiría la implementación del derecho a la consulta previa.²¹

En el subsiguiente debate sobre la reglamentación de la ley, la mayoría de las organizaciones indígenas se marginó por desacuerdos con el Gobierno y por una serie de críticas al proceso y el contenido, críticas realizadas en conjunto con otras organizaciones de la sociedad civil. Estas apuntaban a criterios que restringían la plena aplicación del Convenio, por ejemplo, en cuanto a los criterios de afectación directa o de definición del carácter indígena de las comunidades, que dejaban fuera numerosos asentamientos indígenas, especialmente en la sierra, donde se desarrollaban importantes inversiones mineras.²² No obstante, las críticas iniciales a la ley y el reglamento fueron dando lugar a críticas sobre la implementación y la calidad de los procesos de consulta.²³

En Colombia, la trayectoria y sentido de la aplicación del C169 fue diferente. La ratificación del Convenio 169 en agosto de 1991 ocurrió al calor de la promulgación de la Constitución en julio de ese mismo año. Sabemos que la Constitución de 1991 fue aprobada en medio de un fulgurante momento constitucional, precedido y alentado por una amplia movilización deseosa de salir del hostigamiento de la violencia y que hizo posible las maniobras institucionales para abrir paso al cambio (el conteo extraoficial de la “séptima papeleta” en los comicios, que la Suprema Corte validó). La Asamblea Constituyente contó con una importante participación indígena en los contenidos y logró

21 DPLF, *Derecho a la consulta...*

22 COICA, *Informe Regional Comparativo...* Hasta fines del 2017 se habían realizado o estaban en proceso 34 consultas bajo la ley de consulta previa: cuatro de nivel nacional, trece en hidrocarburos, diez en minería, cinco sobre Áreas Nacionales Protegidas, y una cada una en hidroviás e hidroeléctricas. Véase Cynthia Sanborn, Verónica Hurtado y Tania Ramírez, *La consulta previa en el Perú: avances y retos*, Documento de Investigación no. 6 (Lima: Universidad del Pacífico, septiembre 2016). <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/DI6.pdf?sequence=6>

23 Iván Lanegra, “La evaluación de la política pública de la consulta previa”, *Revista Argumentos* (Edición No. 3, Año 11, 2017), p. 16. <https://bit.ly/2GbrfUf>

hacerse de las alianzas necesarias para dejar bien estipuladas las normas sobre derechos colectivos.

Ya en los Principios Fundamentales se estableció el reconocimiento de “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7) y más adelante otorgó a los territorios indígenas el carácter de entidades territoriales, a la par con los departamentos, distritos y municipios, con autonomía y, con ella, la facultad de gobernarse con autoridades propias (artículos 286 y 287). El C169 vino a ampliar en sus propios términos los derechos de los pueblos indígenas.

La Consulta Indígena empezó a aplicarse en 1996-1997, y su comparativamente temprana puesta en marcha, sumada a una aceleración posterior en el número de consultas, ha hecho de este el caso de mayor número de consultas realizadas (más de ocho mil), lo que ha generado su propio tipo de problemas. Los gobiernos han intentado establecer reglamentos y han querido avanzar hacia una ley de consulta previa, iniciativas que han encontrado el rechazo de las organizaciones indígenas, que ven que cada paso de legislación y reglamentación (mirando también la experiencia peruana), restringe y condiciona el campo de aplicación respecto de las posibilidades que deja abiertas el propio Convenio.

Ha sido distintivo del caso de Colombia el papel activo desempeñado por las cortes, en especial la Corte Constitucional, en afianzar y hacer valer los derechos indígenas, con avances y retrocesos. En los otros casos, los tribunales también han empezado a desempeñar un papel más activo, haciendo crecientemente uso del derecho internacional, aunque su comportamiento ha sido más errático.²⁴

El caso de Chile, por otra parte, revela diferencias notables con los anteriores, en especial porque su Constitución desconoce la existencia de pueblos indígenas y sus derechos, que solo se encuentran reconocidos en la Ley Indígena de 1993. Contrasta también por la ratificación tardía del Convenio 169, y por el tortuoso proceso que debió seguir para alcanzarla.²⁵ Mientras en Colombia y Perú la temprana ratificación salió de un rápido procesamiento y aprobación legislativa, en Chile este proceso tomó 18 años. El primer gobierno democrático después de la dictadura sometió la ratificación al Congreso en 1990, pero la oposición de derecha retrasó su discusión, manifestó múltiples reparos y

24 Para el caso de Colombia, véase Natalia Orduz, “La consulta previa en Colombia”, en Maite de Cea y Claudio Fuentes (eds.), *La Consulta Indígena: Colombia-Perú-Chile* (Santiago. Ril Editores, 2016); César Rodríguez-Garavito, “Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, no. 1 (Winter 2010); y Gloria Amparo Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, 2ª ed. (Bogotá. Universidad del Rosario y Grupo Editorial Ibáñez, 2017).

25 Antonia Urrejola, “Aplicación del Convenio 169 en Chile”, en Maite de Cea y Claudio Fuentes (eds.), *La Consulta Indígena...*

sometió varias preguntas al Tribunal Constitucional, para finalmente aprobar la ratificación en 2008.

Tras estas diferencias temporales en la ratificación se esconden diferencias más sustantivas. Mientras Colombia puede calificarse como un ratificador genuino, es decir, que compartía los valores que inspiran el Convenio, según queda claro con la incorporación de valores similares en su Constitución, aprobada casi simultáneamente, Perú, en cambio, fue solo un ratificador estratégico. Mientras Colombia comenzó a implementarlo prontamente, en Perú, si bien la ratificación siguió de cerca a la promulgación de su nueva Constitución, esta fue parte de un proceso forzado por la presión internacional. Y el Convenio, aprobado sin mayor debate y visibilidad, se archivó por más de una década. Chile, por su parte, puede ser visto como sosteniendo inicialmente una voluntad de ratificador genuino, aunque frágil, pero su ratificación posterior más bien debe calificarse de estratégica, impulsada por la necesidad de puesta al día con el resto de la región, y apurada como respuesta a reacciones indígenas a episodios de violencia estatal.²⁶

Es necesario un estudio más acabado para extraer las consecuencias de las distinciones mencionadas, propuestas por Simmons, aunque desde ya son claras las diferencias entre el caso de Colombia y los otros dos en cuanto a implementación. Por supuesto, el impulso genuino o meramente estratégico para sacar adelante la ratificación debe combinarse con otros factores en las trayectorias posteriores para una evaluación más rigurosa. La naturaleza genuina o estratégica del impulso inicial debe verse como expresión de determinados equilibrios entre las elites dominantes, equilibrios que varían entre más o menos inestables, y que se modifican también a través del tiempo. A esto se suma el peso creciente que en cada país fue adquiriendo la alianza entre el Estado y los grandes inversionistas en minería e hidrocarburos (especialmente en Colombia y Perú),²⁷ y también, por el otro lado, el variable estado organizativo y de movilización de las organizaciones y comunidades indígenas, así como sus grados de unidad.

5 Problemas de la implementación y nota final

Más allá del impacto de las diferentes formas y motivaciones de la ratificación, los problemas ahora son en gran medida de implementación y de los obstáculos que enfrenta. Una breve revisión de estos obstáculos, que son comunes a estos

26 Para los conceptos de ratificador genuino y ratificador estratégico, véase Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics* (New York: Cambridge University Press, 2009).

27 Véase, por ejemplo, Francisco Durand, *Poder político y gobierno minero*. Cuadernos de Cooperación, no. 1 (2015); José De Echave (con la colaboración de Silvia Passuni y Armando Mendoza), *La minería en el Sur Andino: los casos de Cusco y Apurímac* (Lima: Cooperación, Red Muqui, Broederlijk Denle, 2014).

casos, aunque algunos tienen mayor peso en uno que en otro, muestra que en Perú la determinación del carácter indígena de las comunidades, para decidir si cabe o no la consulta, ha sido un severo obstáculo. En un comienzo la base de datos que se generó desde el Gobierno dejó fuera un amplio sector de las comunidades indígenas de la sierra andina, que eran categorizadas como campesinas y no indígenas. Esta restricción deriva de prejuicios culturales, de concepciones ideológicas heredadas del periodo del régimen militar de Velasco Alvarado, y de intereses mineros, dado que estos pueblos se encuentran en zonas de concesiones mineras. En Chile, la reforma a la Ley Indígena que el Gobierno intenta con dificultades someter a consulta previa apunta también a restricciones en esta materia, al aumentar las exigencias para acreditar la condición indígena, eliminándose la autoidentificación, un criterio reconocido internacionalmente. A la cuestión de la identificación indígena, se suman los problemas de determinación de la presencia de comunidades indígenas en las áreas de desarrollo de un proyecto de exploración o inversión. La tarea de hacer esta determinación a menudo queda en manos de las propias empresas interesadas y de sus consultores, que han sido más veloces que rigurosos en alcanzar sus conclusiones. El resultado es la exclusión de importantes comunidades de la obligación de consultar.

La exclusión recién señalada se hace aún más fuerte con políticas que en la práctica, a través de diversos mecanismos, establecen la exclusión de zonas de inversión minera. Los gobiernos determinan el carácter estratégico de estas inversiones, o se acude a definiciones derivadas de la propiedad estatal de los subsuelos, que excluyen de la consulta a pueblos severamente afectados por estas actividades. Se agrega a esto, en el caso del Perú, la exclusión de la consulta en casos de preexistencia de acuerdos entre privados (más allá de que también se excluyan de la consulta las medidas tomadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio y previo a la entrada en vigencia de la Ley de Consulta). También, las definiciones que restringen la consulta solo a casos de afectación directa amplían el campo de exclusiones.

De otra parte está el problema de las debilidades de la institucionalidad estatal para la consulta. El Estado es el responsable de implementar el C169 y de que la consulta se lleve a cabo de una manera que facilite el cumplimiento de sus objetivos, garantizando procedimientos adecuados para la expresión libre e informada de las comunidades consultadas. Pero, en la mayoría de los casos, el Estado no se ha dotado de las capacidades necesarias para cumplir esta función, delegando en los hechos en las empresas interesadas en llevar adelante los proyectos, con todas las distorsiones y presiones que esto conlleva. Se hacen aquí presentes las enormes disparidades de poder entre las comunidades y los equipos de profesionales en diversos campos de que disponen las empresas, en desmedro de las comunidades indígenas, mal informadas, sin

tiempo para deliberar, y sin apoyos para dotarse de las asesorías necesarias, y a menudo sin traducción.

Muy gradualmente el Estado ha ido ampliando una capacidad mínima, como por ejemplo el desarrollo de un cuerpo de traductores en Perú para asistir en los diálogos y consultas, así como en dotar a ministerios y agencias, con especialistas que tendrán a su cargo la consulta. La Defensoría del Pueblo ha desarrollado también capacidad para monitorear y reportar sobre las insuficiencias de los procesos de consulta.

Con todo, la debilidad estatal frente a la consulta se magnifica cuando esta instancia hace las veces de primer punto de contacto entre el Estado y las comunidades. En estas situaciones, las comunidades llamadas a tratar un tema específico de consulta ignoran el libreto con que se las enfrenta. Así, simplemente plantean el enorme y diverso conjunto de demandas acumuladas en el tiempo, que interpelan no solo al ente sectorial específico de la consulta en cuestión, sino a una amplia gama de agencias del Estado, frente a lo cual este no tiene respuesta.²⁸

Por otro lado, la consulta adolece de serios problemas de diseño, referidos a los momentos de la consulta y a las definiciones de los temas que se tratarán en ella, a los que se suman problemas vinculados a prácticas que emanan de las disparidades de poder ya asentadas. Los problemas de diseño atentan, por ejemplo, contra el carácter previo que el Convenio requiere. Usualmente la consulta se hace cuando varias decisiones fundamentales sobre los proyectos en consulta ya han sido hechas previamente por los titulares de los proyectos. De esta manera, el ámbito de lo que se va a consultar se reduce notablemente, dejando su carácter abierto en un nivel más bien retórico.²⁹ Por eso ha sido cada vez más frecuente que las comunidades se nieguen a ser arrastradas a consultas cuyos términos no controlan.

Las consultas así estrechamente focalizadas pierden de vista un aspecto fundamental del C169, que es promover la participación de los pueblos indígenas en las instancias y decisiones relevantes para su protección, la de sus culturas y territorios, y que ameritarían consultas sobre aspectos más amplios

28 Patricia Balbuena, "Los límites del diseño de la consulta previa: ¿estamos cerca del techo de cristal?" En Karina Vargas (comp.), *La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú. Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas* (Lima: Cooperación Alemana, GIZ, 2016).

29 Diego Ocampo e Isabel Urrutia, "La implementación de la consulta en el sector minero: una mirada a los primeros procesos". En Karina Vargas, *La implementación del derecho a la consulta previa...* Esta reducción del ámbito lleva a que se realice un número elevado de consultas muy parciales, que además terminan ahondando las asimetrías de poder. Mientras las grandes empresas movilizan sus equipos de consulta en consulta, las comunidades y sus dirigentes, enfocados en sus ocupaciones de vida, deben sustraerse para participar en procesos casi de tiempo completo y sin apoyo alguno. Véase Natalia Orduz, "La consulta previa en Colombia...".

de las decisiones que los afectan. Y esto sobre la base del fortalecimiento de sus gobiernos propios desde los cuales puedan asentar esta participación. Como ha señalado Ana Leyva, directora de Cooperación en Lima, “Aunque a los pueblos indígenas se les consulte, las medidas administrativas que son objeto de consulta no son trascendentes... (...), y los acuerdos no versan sobre las acciones concretas para prevenir afectaciones de sus derechos. La consulta previa se ha convertido en un mero formalismo, que ha venido legitimando explotaciones sin un diálogo intercultural de por medio”.

Como se indicó antes, el diálogo intercultural, que parte de la base del reconocimiento de otros pueblos y culturas, es la garantía de éxito del C169 y sus cláusulas componentes, como la consulta previa. Sin ello, la consulta obligada por el Convenio seguirá generando frustraciones y desencuentros. Desde el lado de las elites dominantes, porque chocará con una normativa que convoca a la realidad de la existencia de pueblos y culturas ancestrales que se cruzan, literalmente, en el camino de otra forma de ver la modernización y el desarrollo. Quizá el palo en la rueda del que hablaba Alan García no sean los indígenas amazónicos, o cualesquiera otros que compartan su visión, sino la tozudez que impide una mirada realista que acepte que esos pueblos están ahí, están desde mucho antes, y no se moverán. Desde el lado de las comunidades indígenas, porque se las convoca no a un diálogo, sino a intentos de convencimiento de que la base territorial de su identidad como pueblos debe ser sustituida.

Esta es, en verdad, la clave de las dificultades que en Chile enfrenta la consulta sobre la reforma a la Ley Indígena, y de todas las políticas, como las aparejadas en el Plan Araucanía, que ignoran esa tozuda realidad. Y pese a los embates de frustración que golpean al Convenio, este continúa siendo clave, tanto por su fuerte emplazamiento legal y normativo en las realidades nacionales y los ámbitos internacionales, como por su papel en el avance de la conciencia de derechos de los pueblos indígenas.

Puede decirse que el Convenio 169, como producto de largas negociaciones en el mundo de los organismos internacionales, resultó de la combinación de presiones de los pueblos indígenas desde distintos lugares del globo, con el desarrollo normativo internacional de los derechos humanos. A su vez, una vez establecido y en vigencia, el Convenio 169 ha sido una palanca clave en la movilización y fortalecimiento de los pueblos y sus organizaciones. En medio de este proceso, la región acogió el auge de un tipo de desarrollo basado en grandes explotaciones de recursos naturales, que ha llevado las controversias y conflictos también a niveles más altos, haciendo más urgente el diálogo intercultural. Un diálogo en que conversen culturas diferentes, modos diferentes de involucrarse con la tierra y el medioambiente, en una época en que estos también están asediados planetariamente.