

Convenio 169: pueblos indígenas y megaproyectos. Implicancias y dificultades.

Marcos Valdés C.
Sociólogo
mrv@mapunet.org

Introducción:

El presente documento analiza las consecuencias de carácter sociológico que tiene la entrada en vigencia del convenio 169 en el ámbito de las relaciones sociales con los pueblos indígenas del estado de Chile.

Se revisa superficialmente las condiciones de iniciación de la implementación del convenio 169 y sus contradicciones más evidentes. Junto con ello, se examina los nuevos escenarios de mercado para las grandes empresas que intentan implementar proyectos productivos en territorios indígenas y se analiza una aplicación concreta de instrumentos de organizaciones internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas con arreglo a la inversión privada en territorios indígenas.

Es necesario advertir que este texto no es una defensa del convenio 169, sino más bien, es una reflexión sobre diversos problemas que más temprano que tarde se originan en la aplicación formal del convenio 169.

También es necesario advertir sobre la existencia de mitos alrededor del convenio 169 que en general enturbian las relaciones entre aquellos que interactúan alrededor de dicho convenio. En este documento se tratarán algunos de ellos.

Por último, advertir que la extensión del documento ofrecido no permite profundizar en los distintos temas, sino más bien, el intento es enunciarlos e iniciar un proceso de debate.

El convenio 169

El convenio 169 (en adelante, C169), a poco andar de su ratificación en Chile, tuvo ocasión de ser probado en tribunales debido a diversas demandas que tanto comunidades como personas naturales indígenas interpusieron en tribunales. Se apeló al C169, en virtud a las prerrogativas que protegían los derechos de los pueblos indígenas.

El resultado a la fecha es incierto, toda vez que en algunos casos se han acogido las demandas o recursos interpuestos y en otros han sido rechazados. Esta disparidad de criterios permite enumerar a lo menos tres derivadas:

- (1) Aunque el resultado en tribunales sea incierto, resulta inevitable para comunidades y personas afectadas por controversias con terceros no indígenas, resolverlas en tribunales apelando al C169, es decir, los pueblos indígenas están cada vez más concientes de que la única manera institucional de hacer valer sus derechos es judicializar la controversia.

- (2) No existe suficiente jurisprudencia respecto de la aplicación del C169 que permita a los tribunales aplicar de modo Estándar el C169.
- (3) Hay muchas cuestiones de importancia central que no están todavía resueltas en la legislación vigente en Chile. Por ejemplo, los conceptos de “tierra y territorio” ancestralmente ocupado, consagrado en el artículo 14 y 15 de dicho convenio. Los tribunales aplican criterios distintos a veces contrapuestos para entender dichos conceptos: Por ejemplo, en la última sentencia (rol 3863-2012) de la tercera sala de la corte suprema (21/Sep/ 2012) se rechazó el recurso de protección interpuesto por autoridades ancestrales del Puel Wijimapu, recurso interpuesto por la machi Millaray Huichalaf, el machi Luis Delgado Calfueque, el lonko José Epuyao y la Lawentuchefe Yolanda Vera Malpu, que solicitaba acceso a un lugar sagrado denominado Ngen Mapu Quintuante para usos rituales y ceremoniales en virtud a su uso ancestral, este lugar ubicado en el sector de Caramallín, cercano a Valdivia actualmente está en posesión de un particular no mapuche. En fallo unánime, los ministros Sergio Muñoz, Pedro Pierry, Rosa Egnem, Juan Escobar (suplente) y el abogado integrante Jorge Baraona, revocaron el fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que había acogido favorablemente el recurso de protección. Los jueces de la corte suprema argumentaron en su fallo que los terrenos sobre los que se reclama acceso no constituirían tierras indígenas, ya que pertenecen a un particular, y que por tanto no serían objeto de protección especial.

Distinto fue el caso - de similares características (reclamo de uso de un cierto lugar de propiedad de un particular no mapuche, para fines rituales y ceremoniales) – de la Machi Francisca Linconao contra Sociedad Palermo Limitada, quién interpuso un recurso de protección en razón de la tala ilegal de árboles y arbustos nativos en el lugar de propiedad de dicha sociedad argumentando que se trataba de un lugar con connotaciones religiosas y sobre el cual reclamaba su uso para fines ceremoniales y medicinales. El fallo en primera instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco (16/Sep/2009) Rol 1773-2008 fue favorable a la recurrente y la Corte Suprema (30/Nov/2009) Rol 7297/2009, confirma el fallo en primera instancia rechazando el recurso de apelación interpuesto por el recurrido.

Esta divergencia de criterios a la hora de aplicar el C169 abre sin lugar a dudas un ambiente incierto, ingrato y poco feliz para las aspiraciones de los pueblos indígenas en cuanto a que se respete ciertamente dicho convenio.

Esta discrepancia genera una segunda derivada; la aplicación e implementación del C169 contiene dos grandes bloques de implicaciones: (1) aplicación de la normativa “autoejecutable¹” y (2) adecuación de la legislación interna al marco jurídico que entrega el C169.

De estos dos grandes bloques, el segundo es el que presenta más dificultades de implementación y el que muestra un nivel de avance cercano a cero.

¹ Esto tampoco está libre de controversia, puesto que se discute cuales son los elementos autoejecutables y su alcance. En este sentido, por lo menos hay un consenso relativamente extendido de que la consulta y la participación son autoejecutables.

El Artículo 15 del C169 establece que:

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

Tanto el artículo 15 como el artículo 14 del C169 son categóricos y explícitos en refrendar la posesión y usos de los recursos que se encuentran en los territorios indígenas. No obstante, muchos juristas y analistas creen que para operacionalizar aquello, se requiere de una legislación específica, en cambio, las comunidades indígenas advierten que aquello es “autoejecutable”.

Los ejemplos de disparidad y divergencia en cuanto a la interpretación conceptual del C169 se multiplican, así es por ejemplo el caso del concepto de “tierra y territorio”, “uso de los recursos naturales”, “mitigaciones”, “compensaciones” y otros generan ácidas discusiones que generalmente no llegan a puerto.

Estas discrepancias han generado toda clase de mitos en torno al C169. Aquí se enuncian algunos.

1. El Convenio 169 resuelve todos (o la mayor parte de) los problemas de los pueblos indígenas: Claramente esto no es así, no obstante, hay analistas e instituciones² que le han conferido al C169 connotaciones maximalistas y que enfrentadas a la realidad, los resultados suelen ser frustrantes para las comunidades indígenas. Por su parte, las comunidades indígenas tampoco han estado alejadas de estas perspectivas optimistas sobre la aplicación del C169 que en el caso de no ser favorable expresan malestar, frustración y desconfianza respecto de los resultados adversos. Esto fue expresado con mucha vehemencia en el Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT. Elaborado por el Consejo de Longko del Pikun Wijimapu, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Grupo de Trabajo Mapuche sobre los Derechos Colectivos, Observatorio Ciudadano, Wallmapuwen y presentado a la OIT por la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile (CONAPACH).

A nuestro juicio, lo correcto sería mirar el escenario - con frecuencia adverso -, con ponderación y con una importante cuota de realismo, condición sin la cual no será posible avanzar en el cumplimiento y ampliación de los derechos de los pueblos indígenas.

2. El Convenio 169 impide el desarrollo del país: Claramente esto tampoco es así. No obstante, influyentes analistas ligados a centros de pensamiento vinculados con sectores empresariales, han opinado que el referido convenio podría ser un elemento que entorpecería el desarrollo de los pueblos indígenas. En efecto, Sebastián Donoso, connotado abogado de derecha, ha criticado la ratificación del C169 en lo que podría resumirse dos grandes bloques de argumentos.

² Yañez N. <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=6712> y Observatorio Ciudadano.

- a. El convenio 169 representaría un atraso importante en lo que dice relación con los derechos³ de los pueblos indígenas, toda vez que la Declaración de los Derechos Universales de los Pueblos Indígenas⁴ importaría un salto cualitativo y que superaría el ejercicio de derechos que se deviene del C169. Si esto es así, luego lo que importaría – según Donoso – sería que se abandonara la implementación del C169 en función de que aquel es superado por la Declaración de los Derechos Universales de los Pueblos Indígenas. Aparte de la presión que ejercían distintas organizaciones indígenas por la ratificación del C169, ¿porqué se insistía en su ratificación?, Donoso se pregunta lo mismo y se autocontesta: “La respuesta se encontraría en la naturaleza jurídica de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Este último instrumento es considerado una ‘recomendación’, por lo que no es jurídicamente vinculante ni puede ser ratificado por los países signatarios” (Donoso, 2008; 10).
- b. Donoso finaliza su crítica al C169 con 5 razones (solo se enuncian, porque hacer la crítica correspondiente nos llevaría a un lugar teórico que va mas allá de los objetivos de este documento) por las cuales el C169 vendría a ser un retroceso en la consecución de los objetivos “de superación de la pobreza indígena y preservación de sus culturas”:
- i. Segregación o integración. La ley 19.253 conocida como la ley indígena y la protección explícita del C169 a las tierras indígenas, establecería “un sistema de protección de sus tierras que implica serias trabas a su integración a la sociedad”.
 - ii. Ruralidad o realidad. La ley 19.253 es ruralista y el C169 “comparte este ‘sesgo pro-rural’”
 - iii. Asistencialismo o empoderamiento. El esfuerzo del aparato de estado debe poner el “énfasis en la construcción de competencias y capacidades para lograr una auténtica emancipación de la asistencia estatal. Una vez más, el espíritu del Convenio parece alinearse del lado del asistencialismo.”
 - iv. Discriminación positiva o igualdad ante la ley. “las políticas públicas deben ser ciegas frente a diferencias de raza, aunque la discriminación se tilde de ‘positiva’. El Convenio, sin embargo, sintoniza con la discriminación positiva”.
 - v. Derechos colectivos o derechos individuales. Habría una cierta contradicción entre la ley indígena y el C169 en cuanto al ejercicio de los derechos colectivos que privilegia el C169. “Ello implica la interposición de un ente abstracto – el colectivo indígena y sus discutibles representantes – entre el indígena y el Estado, lo que nos aparta de una larga tradición jurídica de consagración de derechos individuales, por una parte, y por otra, entraña el riesgo de desatender

³ Hay en Donoso una cuestión importante que no va a ser tratada aquí, pero que dice relación con que el C169 introduce un “lenguaje” y en cierto sentido una ética de lo indígena que permearía a la sociedad chilena, probablemente a Donoso le acomodaría más el descriptor “contaminar” más que permear.

⁴ Algunos analistas como Victor Toledo y Bartolomé Clavero insisten en el carácter vinculante que tendría la Declaración universal de los derechos de los pueblos indígenas. A juicio de estos analistas el status jurídico del C169 sería menor que el de la Declaración, con el consiguiente atraso de 20 años y mas que presentaría el C169 respecto de la Declaración. La coincidencia entre el razonamiento de estos autores y las formuladas por analistas de derecha llama la atención.

o restar énfasis a la satisfacción de los derechos individuales de los indígenas, largamente desatendidos”.

Remata Donoso afirmando que: “lo que se requiere con urgencia es la revisión de esa política más que la adopción irracional de instrumentos que podrían obstaculizar aún más dichos objetivos⁵”.

La consulta de buena fe

La necesidad de una consulta de “buena fe” en el C169 no es casual ni aleatoria. Significa que la “buena fe” debe estar garantizada para evitar la “mala fe” que desde los tiempos de la conquista se vienen repitiendo extensivamente en la relación con los pueblos indígenas. En efecto, en el documento: “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT”, establece la necesidad de operar con un alto estándar ético cuando se esté en presencia de negociaciones que involucren a los pueblos indígenas.

La consulta y la participación en los proyectos de inversión productiva

Existe un área de reflexión que ha sido escasamente tratada que dice relación con los mecanismo de consulta y participación en el contexto del C169 y la inversión productiva en territorios indígenas.

Es fácil constatar el creciente interés por la inversión productiva, frecuentemente de gran envergadura en territorios indígenas. Muchos inversores se ven enfrentados a los retos de ejecución de sus proyectos en condiciones de aplicabilidad del C169. En efecto, diversas iniciativas económicas, el deseo por el desarrollo y el actual énfasis en la economía de mercado en todas partes del mundo ven amenazados su emprendimientos por la normativa que fija el C169.

Es más, la empresa privada por la fuerza de los acontecimientos se ha ido dando cuenta de que el C169 también les compete y no pueden eludir sus disposiciones, particularmente por lo dispuesto en el artículo N° 7 (ver recuadro). Esto los ha llevado – en algunos casos – a detener la inversión pero por sobre todo a reflexionar sobre el nuevo escenario.

Una de las principales dificultades estructurales posibles de observar es que dichos emprendimientos frecuentemente no planifican ni tienen contemplados en sus modelos operacionales la injerencia de un actor totalmente ajeno a la inversión, cuales son: las comunidades indígenas que se encuentran en cierto territorio de interés productivo. Esto trae como consecuencia el atraso y demora en la inicialización de la fase de explotación, pero además trae consigo el encarecimiento de las operaciones por negociaciones no planificadas, tiempos muertos por espera de resolución judicial, contratación de profesionales no directamente relacionados con los procesos productivos (abogados, cientistas sociales, negociadores, etc).

⁵ “...superación de la pobreza indígena y preservación de sus culturas” (Donoso, Op cit. Pag 11)

Hasta el momento no se registran (o al menos no se encuentran disponibles) estudios sistematizados sobre los estilos de negociación, calidad y congruencia respecto de cómo los inversores privados implementan los mecanismos de consulta y participación con las comunidades indígenas, por lo que resulta especulativo entrar a dilucidar la bondad de los procesos de consulta y participación llevados a cabo por los inversores interesados en implementar proyectos productivos en territorios indígenas (si es que estos procesos se han llevado a cabo).

Artículo N° 7: Convenio 169

- 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*

La falta de evidencia empírica permite acercarse a los problemas de implementación del C169 de la inversión productiva en territorios indígenas por un camino distinto a esta cuestión examinando las recomendaciones de fuentes de financiamiento internacional multilateral.

El IFC⁶ (*International Financial Corporation*), es una institución afiliada al Grupo del Banco Mundial⁷ que se ocupa del sector privado cuya misión consiste en fomentar la inversión sostenible del sector privado en los países en desarrollo, para así ayudar a reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida de la población. IFC otorga préstamos, capital accionario, financiamiento estructurado e instrumentos de gestión de riesgos, y presta servicios de asesoría para fortalecer el sector privado en los países en desarrollo.

El IFC generó 8 normas de desempeño para verificar el cumplimiento de las obligaciones del “cliente” con el IFC. De estas 8 normas de desempeño, la norma de desempeño N° 7⁸ trata con exclusividad el trato con el cual debe el cliente relacionarse con los pueblos indígenas. A su vez, el IFC generó la “nota de orientación 7” que entrega información adicional y aclara los efectos de la norma citada⁹.

Tanto la norma de desempeño 7 como la nota de orientación 7 están en consonancia con el C169 y la normativa jurídica internacional respecto de los pueblos indígenas. Ahora bien, el cumplimiento de estas normas de desempeño por parte del cliente del IFC tienen como objetivo obtener la *social license* que al cliente le reporta importantes garantías tales como créditos preferenciales y de contingencia, acceso a capitales de riesgo, reducción de tasas de interés, apalancamiento de recursos entre otros.

⁶ http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Multilingual_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Home_ES

⁷ <http://www.bancomundial.org/>

⁸ http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/a9de4b80498009a0a784f7336b93d75f/Phase3_PS7_Spanish_Highlights.pdf?MOD=AJPERES

⁹ http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/dd8676804dd836e2a89ea87a9dd66321/GN7_Spanish_2012.pdf?MOD=AJPERES

Pero además, las empresas que operan con el IFC, están obligadas a verificar el cumplimiento de estas normativas de desempeño en sus faenas y operaciones en la medida que reciban financiamiento del IFC o apliquen algún instrumento de este. Por lo tanto, para la obtención de la *social license* es clave la relación con los pueblos indígenas.

Concepto de “pueblos indígenas” en la norma de desempeño 7

Para los efectos de la presente Norma de Desempeño, el término “Pueblos Indígenas” se emplea de modo genérico para designar a un grupo social y cultural distinto que posee las siguientes características en diversos grados:

- ✓ *Su propia identificación como miembros de un grupo cultural indígena distinto, así como el reconocimiento de su identidad por otros*
- ✓ *Un apego colectivo a hábitats geográficamente demarcados o a territorios ancestrales en la zona del proyecto, así como a los recursos naturales en dichos hábitats y territorios.*
- ✓ *Instituciones culturales, económicas, sociales o políticas históricamente distintas de las de la sociedad o cultura dominante.*
- ✓ *Una lengua indígena, con frecuencia diferente de la lengua oficial del país o la región.*

Esto implica entre otras cosas, operacionalizar el C169 y aplicarlo independientemente de las políticas que esté llevando a cabo por cualquier otro organismo estatal en función del C169.

Para el IFC se abre un “nuevo entorno de negocios” en que se “espera que los proyectos del sector privado financiados por la IFC fomenten el respeto pleno de la dignidad, derechos humanos, aspiraciones, culturas y medios de subsistencia históricos de los Pueblos Indígenas.”.

Este “nuevo entorno de negocios” está dado fundamentalmente por la evolución de la legislación internacional respecto del medio ambiente, los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas.

Crítica al informe alternativo

La memoria alternativa presentada a la OIT el 2010 por varias organizaciones indígenas, crearon un conjunto de recomendaciones que en lo principal instaban al gobierno a cumplir e implementar el C169. Llamativamente, no se conmina en términos perentorios al estado chileno a modificar la legislación interna para adecuarlas a estándares internacionales y la alusión a los impactos de los proyectos productivos resulta vago¹⁰, pero a su favor esta la postura fuerte respecto de la implementación de los mecanismos de consulta y participación.

¹⁰ “Recomendación 18: Que se solicite al Estado que adopte las medidas administrativas y legislativas que permitan contar con estudios de impacto ambiental independientes para evaluar los reales impactos de proyectos de inversión en sus territorios, es decir proyectos susceptibles de afectar el hábitat indígena y/o su sistema de vida y costumbre.”

Ya se ha tratado la variante de que los clientes que trabajan con instrumentos del IFC están “obligados” a generar un ambiente de consulta y participación en todo el ciclo de vida de los proyectos implementados en territorios indígenas. Esto transforma a las comunidades indígenas locales en *stakeholders* locales que permanecen presentes y no son un mero trámite el cual hay que pasar rápido para dedicarse a lo “importante” que sería el proceso productivo, de extracción o explotación.

Afortunadamente, se está configurando un escenario en donde los pueblos indígenas se están transformando lentamente en “ventajas comparativas” y también lentamente se está eliminando la percepción de que aquellos sería “obstaculizadores” y una complicación innecesaria cuando se trata de proyectar desarrollo económico.

No es el caso analizar en profundidad los instrumentos del IFC, salvo poner el acento en las coincidencias que son posibles de observar con el C169. En efecto, probablemente las coincidencias mayores se den en los planos de la consulta y la participación.

Norma de Desempeño 7. IFC

La Norma de Desempeño 7 reconoce que los Pueblos Indígenas, como grupos sociales con identidades distintas de las de los grupos dominantes en las sociedades nacionales, suelen encontrarse entre los segmentos más marginados y vulnerables de la población. La condición económica, social y jurídica de dichos pueblos con frecuencia limita su capacidad de defender sus intereses y derechos sobre las tierras y recursos naturales y culturales, y puede restringir su capacidad de participar en el desarrollo y disfrutar de sus beneficios. Ellos son particularmente vulnerables si sus tierras y sus recursos son modificados, ocupados por personas ajenas o significativamente deteriorados. También pueden verse amenazadas sus lenguas, culturas, religiones, creencias espirituales e instituciones. Estas características exponen a los Pueblos Indígenas a diferentes tipos de riesgos e impactos de distintos grados de severidad, incluyendo pérdida de identidad, cultura y medios de subsistencia con base en recursos naturales, así como una mayor exposición al empobrecimiento y a las enfermedades.

Los proyectos del sector privado pueden crear oportunidades para que los Pueblos Indígenas participen y se beneficien de las actividades vinculadas con dichos proyectos, que puedan ayudarlos a lograr sus aspiraciones de desarrollo económico y social. Además, la presente Norma de Desempeño reconoce que los Pueblos Indígenas pueden desempeñar un papel en el desarrollo sostenible promoviendo y dirigiendo actividades y empresas como socios en el desarrollo.

La consulta

Como ya se ha afirmado anteriormente, la consulta es un mecanismo que se instala desde el C169 y es captado en otros instrumentos para su aplicación como es el caso de la normativa 7 del IFC. Para ilustrar las coincidencias y concurrencia en ambos instrumentos se ofrece el siguiente cuadro:

Concepto ‘la consulta’	<p>IFC: La directiva G17 de la nota de orientación 7 establece que:</p>	<p>C169: Artículo 6.</p>
	<p>La consulta libre, previa e informada con las comunidades afectadas de Pueblos Indígenas y dentro de las mismas puede prolongarse durante un tiempo. Informar en forma adecuada a los miembros de la comunidad indígena sobre los posibles impactos adversos del proyecto y las medidas de mitigación propuestas puede implicar un proceso repetitivo con el paso del tiempo con diversos segmentos de la comunidad. Por ende, (i) la consulta debe empezar a la mayor brevedad posible en la etapa de evaluación; (ii) la información del proyecto debe estar disponible en formato comprensible que use las lenguas indígenas cuando sea apropiado; (iii) las comunidades deben contar con el tiempo suficiente para llegar a un consenso y encontrar respuestas a problemas y opciones que beneficien a su comunidad; y (iv) los clientes deben reservar tiempo suficiente para considerar y resolver en forma total las inquietudes y sugerencias sobre el diseño y ejecución del proyecto</p>	<p>1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:</p> <p>a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.</p> <p>2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.</p>
Resultados	<p>G21. Las operaciones del sector privado pueden ofrecer oportunidades únicas para el desarrollo de los Pueblos Indígenas. En general, tales oportunidades de desarrollo pueden ofrecerse como parte de un enfoque global para mitigar y compensar los impactos adversos de un proyecto, y en proporción a los posibles impactos adversos sobre los Pueblos Indígenas. En los proyectos en gran escala, el cliente debe ser capaz de ofrecer un conjunto más global de los beneficios de desarrollo, como parte sus esfuerzos de desarrollo comunitario y regional o para estimular a las empresas locales y a la economía. El cliente debe también buscar oportunidades para dar apoyo a los programas existentes diseñados para producir beneficios de desarrollo para los Pueblos Indígenas, a saber, programas educativos bilingües, programas de salud y nutrición materno-infantil, actividades de generación de empleo y medidas para establecer esquemas para microcréditos.</p>	<p>La guía de utilización del C169 afirma que:</p> <p>De acuerdo con el Artículo 6 del Convenio núm. 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos</p>

A partir de lo anterior, se está generando en toda América Latina una discusión sobre qué es la consulta, porque hay que admitir que el procedimiento de consulta podría ser entendido de formas muy diferentes y en algunos casos contrapuesto, pero que en todo

caso, el ejercicio de producir una conceptualización con grados de estandarización y consenso es muy necesarios. Más aún, de lo anterior se desprenden más preguntas que respuestas. Por ejemplo: ¿que es contacto directo?, ¿quienes son los entes representativos de los pueblos indígenas?, ¿cuando un proyecto se entiende que los afecta directamente?, ¿quién decide lo que es lo que afecta a un pueblo?, ¿qué es afectar?, ¿que es el desarrollo?, ¿que es el consentimiento previo, libre e informado? Etc.

Con todo, y a pesar de tonalidades grises de esta discusión respecto de los mecanismos de consulta, lo observable es que al final del día, hay un crecimiento en los conflictos interculturales, que surgen a propósito de la implementación de proyectos productivos en territorios indígenas y que ello no disminuirá en el futuro a menos que se resuelvan cuestiones como las aquí enumeradas.

La participación

La participación en el concierto mundial tiene un desarrollo e historia mayor que el de la consulta. En efecto, diversos organismos internacionales y multilaterales advertían la necesidad de establecer mecanismos de participación como un dispositivo para aumentar el empoderamiento y compromiso de la contraparte con los proyectos de desarrollo. Pero, ¿qué disponen los instrumentos del IFC y el C169?. Veamos:

En el C169 la palabra “participación” está contenida 10 veces y es uno de los conceptos estructurales del convenio. En efecto, El C169 exige que los pueblos indígenas participen de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.

Los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del C169 sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”, si bien otros artículos también hacen referencia a la consulta y a la participación, las disposiciones sobre consulta y participación deberían leerse en forma conjunta con aquellas referidas a las medidas coordinadas y sistemáticas tendientes a implementar los derechos de los pueblos indígenas.

Así, se establece una relación recursiva entre consulta y participación, toda vez que el establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y no puede haber consulta sin participación.

Por su parte, en la normativa 7 del IFC, la participación es uno de sus objetivos estructurales:

“Fomentar la negociación de buena fe con los Pueblos Indígenas y su participación informada en proyectos que vayan a ubicarse en tierras tradicionales o históricas que estén siendo utilizadas por Pueblos Indígenas.”

La directiva G3 de dicha normativa aclara este objetivo según lo siguiente:

“G3. El cliente y las comunidades afectadas de Pueblos Indígenas deben establecer una relación continua durante todo el ciclo de vida del proyecto. Para este fin, la presente Norma de Desempeño 7 requiere que el cliente participe en un proceso de consulta libre, previa e informada y de participación informada. En las situaciones de alto riesgo que se describen en los párrafos 11 a 15 de la Norma de Desempeño 7, el proceso de participación del cliente incluirá una negociación de buena fe y documentación sobre el resultado exitoso de dicha negociación. Tomar en cuenta la comprensión de los Pueblos Indígenas de los cambios provocados por un proyecto ayuda a identificar tanto los impactos negativos como positivos del proyecto. De manera similar, la eficacia de las medidas para mitigar, compensar y evitar los impactos aumenta si se toman en consideración los puntos de vista de los Pueblos Indígenas y si ellos forman parte del proceso de toma de decisiones.”

La distinción que hay que hacer notar de inmediato en este instrumento es que por primera vez se habla de “mitigar” y “compensar” por los impactos negativos de inversión productiva en territorios indígenas. Este aspecto es novedoso, problemático y polémico. Pero independiente de aquello, es necesario expresar que nuevamente nos entroncamos con un concepto que es fácilmente cuestionado por la falta de estandarización que resulta divergente con el desarrollo teórico de la participación.

Para abundar sobre la conceptualización de la participación¹¹ es necesario recordar que:

El Guide Book on Participation de UNDP¹², enuncia un continuo de grados de participación distinguiendo claramente los extremos de ese continuo desde la simple manipulación hasta el grado en que los involucrados llegan a ser aliados (*stakeholders*) en las iniciativas de desarrollo y comienzan a asumir la responsabilidad de su manejo.

- ☛ **Manipulación:** éste es nivel más bajo y de menor impacto, en el cual la “participación” es considerada una oportunidad de adoctrinamiento e imposición de ideas y creencias sobre situaciones, objetivos y estrategias. Dentro de esa forma se inserta la participación para obtener recursos, donde los pueblos indígenas “participa” para lograr, por ejemplo, trabajo, alimento, dinero u otros incentivos materiales o en el caso de actores externos ajenos a los pueblos indígenas, simplemente imponer su estrategia de intervención, obtención de dividendos políticos u otros. En este nivel de “participación” se inscriben el paternalismo, asistencialismo, la cooptación y otros. Se verifica además, ausencia de negociación, negociación “asistida”, o negociación asimétrica o imposición.
- ☛ **Información:** consiste en una “bajada de información” respecto de los derechos, responsabilidades y opciones de actores en juego. El riesgo es que la información sea canalizada a través de una sola vía y que cierre las posibilidades de negociación sobre las decisiones. En ese caso, la participación tiene el sentido de informar a los involucrados sobre lo que se hará o qué se está haciendo, o bien los involucrados participan respondiendo las cuestiones establecidas por los

¹¹ Ver <http://www.mapunet.org/documentos/mapuches/participacion.PDF>

¹² Tomado de: Participación Social y Pueblos Originarios: Aportes y propuestas para la discusión. Millaleo y Valdés.

administradores y ejecutores de proyectos usando encuestas o técnicas similares, en donde las comunidades indígenas no tiene la oportunidad de influenciar los procedimientos ni modificar el diseño del proceso ni menos aún participar de los beneficios de la inversión productiva y finalmente no son considerados para la evaluación de éste.

- ☛ **Consulta:** este nivel establece una comunicación de dos vías, donde los involucrados tienen la oportunidad de expresar las sugerencias y comentarios pero no está asegurada que estos sean utilizados del todo o de la manera que ellos esperan. Los involucrados son consultados y agentes externos sistematizan sus opiniones. Esos agentes definen tanto problemas como soluciones y pueden modificarlas a la luz de las respuestas de los involucrados. En la consulta, el actor externo puede no sentirse obligado a considerar las opiniones del actor interno en la toma de decisiones.
- ☛ **Construcción de Consensos:** los involucrados interactúan para entenderse entre sí y arribar a posiciones negociadas de una manera que sea aceptable para el conjunto total (pueblos/comunidades indígenas y actores externos). El riesgo en este nivel es que los grupos menos organizados o con menor peso político relativo tiendan a permanecer en silencio y a no expresar sus opiniones.
- ☛ **Toma de Decisiones:** los consensos son operativizados a través de decisiones colectivas en los aspectos estratégicos de una iniciativa.
- ☛ **Cuidado de riesgos o responsabilidades compartidas:** en este nivel, los involucrados amplían su participación a los efectos de los resultados de la intervención, abarcando no solo los beneficios directos sino también los indirectos, efectos secundarios y no esperados. Este nivel es muy fluido y siempre está presente el elemento del riesgo, en cuanto se pueden presentar consecuencias no deseadas. La responsabilidad en este nivel es fundamental, especialmente cuando aquellos que tienen mayores ventajas pueden ser aquellos que asuman los menores riesgos.
- ☛ **Alianzas (Partnership):** en este nivel, los vínculos relacionan a partes iguales que trabajan por objetivos comunes. La igualdad en este nivel más que referirse a la forma, estructura o función, opera en términos de balance o equilibrio en términos de poder y respeto entre actores. Desde que se produce esta alianza los actores asumen responsabilidades y riesgos mutuos.
- ☛ **Autogestión:** éste es el pináculo de los esfuerzos participativos, donde los involucrados interactúan en procesos de aprendizaje recíproco optimizando el bienestar de todos los destinatarios, mejorando la calidad de la intervención y elevando el empoderamiento de los beneficiarios (stakeholders).

Independiente del desarrollo teórico y la experiencia observable de procesos de participación, lo que es necesario rescatar de este proceso son los elementos que a nuestro juicio son los estratégicos: empoderamiento y nivelación del actor más débil de la cadena que en el caso de la empresa o el estado siempre serán los pueblos indígenas.

Conclusiones.

En este documento se ha querido abandonar explícitamente la producción de propuestas en la medida que en cuanto el análisis avanza han aflorado más interrogantes que respuestas. Aún así, es necesario invitar entusiastamente a ejercer la “buena fe”, puesto que si el proceso se contamina con suspicacias, sospechas y desconfianzas, difícilmente se podrá llegar a implementar las prerrogativas que impulsa el C169.

Las prerrogativas del C169 llegaron para quedarse, y si bien son más las incertidumbres que las certezas, ello no puede comportar inmovilismo ni abandono de la tarea de implementación del C169. Por el contrario, es un desafío que invita a ejercer y ampliar los derechos, cediendo muchas veces espacios de poder y privilegio en función de mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas históricamente postergados.

Los pueblos indígenas, son depositarios de un enorme *background* propio de su historia y relación con el medio ambiente. Dicho *background* se basa principalmente en la interpretación que hacen los pueblos indígenas de su entorno y relación con los recursos naturales y simbólicos. La relación con el ecosistema específico origina una serie de relaciones materiales e inmateriales así como relaciones históricas determinadas por el uso y las costumbres propias del pueblo indígena que ocupa ese hábitat. Aquello justifica cualquier acercamiento a lo que es la titularidad de estos terrenos o territorios en beneficio o a favor de los pueblos o comunidades de que se trate.

Por último, se debe indicar que el C169 no debe ser visto como una amenaza o como obstaculizador de desarrollo sino todo lo contrario, representa una oportunidad y ofrece ventajas comparativas para un tipo de desarrollo amigable, sustentable, sostenible y respetuoso de los pueblos indígenas.

(Dedicado a Marco A. Antilef)

Bibliografía.

1. Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile.
<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/10/memoria-alternativa-convenio-169-oit-chile-2010-1.pdf>
2. Chile y el convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro: Sebastián Donoso. Dirección De Asuntos Públicos PUC. año 3 / no 16 / abril 2008.
3. La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas. San José, Costa Rica. Primera Edición – 1999. Mars Editores S.A. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Virginia a. Leary.
4. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Texto oficial disponible en <http://www.oitchile.cl>