



Minuta Consulta Indígena y Acuerdo Transpacífico (TPP)¹

La presente minuta desarrolla los argumentos que explican por qué el Estado de Chile debe realizar por un proceso de Consulta Indígena, de acuerdo a los estándares internacionales, ello en forma previa a la suscripción y ratificación del Acuerdo Transpacífico, TPP por sus siglas en inglés (Trans Pacific Partnership).

1. **Afectación directa:**

Los acuerdos y tratados internacionales de libre comercio e inversión, en palabras de la actual de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, generan impacto sobre los derechos humanos, lo que *“incluye aspectos como los derechos sobre la tierra, la degradación ambiental, la pobreza, la capacidad de reglamentación y de protección del Estado, el déficit democrático y los desafíos al estado de derecho en relación con la elaboración y aplicación de dichos acuerdos, y la capacidad de los gobiernos para prestar servicios de salud y relacionados con el agua”*².

En relación a los derechos de los pueblos indígenas ha señalado que hay muchas maneras en que los posibles efectos de este tipo de acuerdos *“podrían socavar los derechos culturales de los pueblos indígenas. En primer lugar, a las graves consecuencias que los acuerdos de inversión y de libre comercio tienen para las tierras y los derechos territoriales de los pueblos indígenas se añade la importancia cultural de las tierras y los territorios indígenas”*.

En efecto, existe evidencia que los acuerdos comerciales que Chile ha suscrito con más de 60 estados han incidido de manera directa en el incremento de las inversiones extractivas y de infraestructura –minería en el norte, forestación y salmonicultura en el sur, proyectos energéticos y de infraestructura a lo largo del país– en tierras y territorios de propiedad legal o de ocupación tradicional de los pueblos indígenas. Ello tanto a través de la atracción de inversiones de corporaciones domiciliadas en los países con los que Chile ha suscrito dichos acuerdos comerciales, como a través de la apertura de mercados para las empresas de capitales nacionales, como CODELCO y SQM en el caso de la minería, y las forestales Arauco y Mininco (CMPC) en el caso de la forestación³.

¹ **Minuta realizada por Sergio Millamán, abogado del Área Jurídica de Observatorio Ciudadano y José Aylwin, co-director del Observatorio Ciudadano.**

² Repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, Informe a la Asamblea General, 2015. <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/informes-anuales/93-report-ga-2015>

³ Según informaciones de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) de Cancillería de este país, el 94% de las exportaciones del país están destinadas a los países con los cuales Chile ha suscrito acuerdos comerciales, lo que demuestra como los TLC han abierto mercados para industria chilena Ver <http://www.direcon.gob.cl/2015/07/el-94-de-las-exportaciones-chilenas-van-hoy-a-mercados-con-acuerdos-comerciales-vigentes/>

Por otra parte, un 74.6% de las exportaciones de Chile el 2014 se concentraban en tres rubros (minería con el 62%, industria celulosa y madera con el 8%, y salmonicultura con el 4.6% del total), actividades que se impulsan fundamentalmente en tierras de ocupación tradicional indígena⁴. Los conflictos que las inversiones promovidas por estos acuerdos comerciales han generado con los pueblos indígenas, en particular -pero no exclusivamente- en la región de la Araucanía en el sur del país, en el territorio ancestral del pueblo mapuche, son demostrativos de la afectación directa que estos han tenido sobre los pueblos indígenas.

Cabe destacar que el Acuerdo Transpacífico, dada la gran cantidad de materias que regula, es especialmente nocivo y en caso de implementación generará afectaciones graves en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, tanto respecto de sus territorios, como de sus derechos culturales. Entre las materias que pueden generar esta afectación señalamos:

- a) En su capítulo de propiedad intelectual, el TPP si bien reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, limita su protección a los sistemas de propiedad intelectual.
- b) Obliga la ratificación del UPOV 1991, Convenio que establece un sistema de “protección” de los derechos de los “*obtentores vegetales*”, entre ellos la reproducción y la comercialización de variedades vegetales, muchas de ellas desarrolladas en base a conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades rurales.
- c) En materia medioambiental el TPP dispone que los estados no pueden fallar en la aplicación efectiva de sus leyes ambientales a través de una acción o inacción que afecte el comercio o la inversión, supeditando la política ambiental al comercio. Aún cuando en este Capítulo se establece protección ambiental en materias como capa de ozono, especies exóticas invasoras o pesca marina, las obligaciones para las partes son débiles, lo mismo que la participación pública que se propone.
- d) El capítulo de inversiones, en que junto con establecerse que los estados parte deben otorgar a los inversionistas un “trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas” (art 9. 6. 1), estos se comprometen además a no expropiar ni nacionalizar sus inversiones, sea directa o indirectamente, salvo que sea con un propósito público, de una manera no discriminatoria, mediante el pago de una indemnización pronta, y efectiva (art 9.7). Las condiciones y garantías otorgadas a los inversionistas en este capítulo medular del TPP resulta determinante en la atracción de iniciativas económicas en tierras y territorios indígenas, como lo demuestra la experiencia de previos acuerdos comerciales suscritos por Chile con diversos estados.

2. Deber de consultar. Una vez que se suscriba este acuerdo comercial, deberá ser enviado mediante mensaje de la Presidenta de la República al Congreso nacional que contenga el proyecto de ley que solicite la ratificación de este acuerdo comercial.

Los Pueblos indígenas, en el caso de la entrada en vigencia este proyecto de ley, verán amenazados sus legítimos derechos a la tierra y al territorio, a los recursos naturales existentes en su territorio ancestral, derecho al desarrollo de actividades tradicionales de subsistencias, el derecho de propiedad de sus conocimientos tradicionales y en general, el derecho al desarrollo, todo lo cual esta garantizado en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. En el caso del Convenio N° 169 de la OIT, el artículo 7 garantiza a los pueblos indígenas el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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.

4 CIPER CHILE, disponible en <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/GraficoExp1.pdf>

A su vez el artículo 15 del Convenio, 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”*. El artículo 23 señala que *“La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico”*. La misma norma señala que se deberá velar por el fortalecimiento y fomento de dichas actividades, debiendo realizarse *“con la participación de esos pueblos”*.

Las normas citadas, dan cuenta de los derechos reconocidos a pueblos indígenas, derechos que deben ser respetado por todos los órganos del Estado, surgiendo el deber de *“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”*, consagrado el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. El *“el desconocimiento o no efectivización del derecho de los pueblos originarios a ser oídos en audiencia consultiva antes de concretar la adopción de medidas que (...) pueden afectar sensiblemente y de manera perdurable sus propios modos de vida y subsistencia, da lugar a una infracción constitucional de un tipo de garantía que, en una democracia moderna y crecientemente participativa, no puede ser ignorada, so riesgo de convertir en letra muerta los compromisos que el Estado de Chile ha contraído en esta materia ante su propio pueblo y la comunidad internacional”*⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del caso Sarayaku v/s Ecuador, determinó que el *“reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”*. Para poder garantizar el derecho fundamental de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que afecten sus derechos, la CIDH señaló que *“existe una obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1.)”*

A su vez el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, señaló que la consulta se aplica incluso con respecto a medidas administrativas o legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a un nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidas de algún modo afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos⁶.

El deber de consulta es imperativo de todos los órganos del estado involucrados en la suscripción y ratificación del Acuerdo Transpacífico. Este acuerdo que suscribirá la Presidenta de República el 4 de febrero próximo (decisión que no ha sido consultada) debe ser aprobado por el Congreso Nacional para concretar su ratificación y el Estado de Chile que obligado a cumplir con este acuerdo. Por tanto estamos frente a una medida legislativa, que ingresará al debate parlamentario mediante una mensaje presidencial. El gobierno, previo al envío de su mensaje, debe realizar un proceso de consulta indígena tanto por las razones arriba expuestas, como por mandato del Decreto Supremo N° 66, que señala: *“los anteproyectos de ley (...) iniciados por el Presidente de la República”* serán consultados cuando *“sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los*

5 Voto de minoría de Hernán Vodanovic y Francisco Fernández en Sentencia Tribunal Constitucional rol 1988-11.

6 Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: *“Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”*, Chile. Noviembre de 2012

pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas" (artículo 7). Corresponde por tanto al Ministerio de Relaciones Exteriores realizar un proceso de consulta indígena. Y éste en caso de dudas, debe solicitar un pronunciamiento a la Subsecretaría de Desarrollo Social, según establece el artículo 13 del D.S. N° 66.

Al Congreso Nacional también debe realizar su propio proceso de Consulta Indígena, acorde con los estándares internacionales. El Tribunal Constitucional⁷ estableció en relación al artículo 6 del Convenio 169, que "*La norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que [...] está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional e introduce una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley*". De esto se concluye que "*el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al Poder Legislativo*"⁸. A diferencia del Ejecutivo, el Congreso Nacional aún no ha establecido un mecanismo ni una normativa interna para regular el ejercicio de su deber de consulta, lo que no obsta la obligación que pesa sobre este poder del estado de respetar el derecho de Consulta indígena.

Es pertinente, finalmente, señalar que en las negociaciones del texto del TPP, el Estado de Chile presentó una salvaguarda al capítulo de inversiones, en la que señala que "se reserva a adoptar o mantener cualquiera medida conforme a los derechos o preferencias de los pueblos indígenas"⁹. En virtud de esta salvaguarda Chile está reconociendo los derechos de estos pueblos, los que de acuerdo a la propia Constitución Política de la República (artículo 5to inciso 2) están integrados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, uno de los cuales es el Convenio 169 que como se señalara, garantiza el derecho de consulta de los pueblos indígenas, frente a iniciativas legislativas susceptibles de afectarles directamente, como es el TPP, deben ser siempre garantizados. Consecuentemente, una coherencia mínima del ejecutivo con sus propias salvaguardas formuladas al TPP, sería someter el TPP a la consulta de los pueblos indígenas antes de enviarlo al parlamento a su ratificación.

⁷ Sentencia Rol 309, del 4 de agosto 2000, Considerando 7°.

⁸ Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Abril 2009. Informe temático a Chile, de James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas

⁹ Anexo II, p. 7. Salvaguardas presentadas por el Estado de Chile a texto TPP, que son parte integrante de este acuerdo comercial.