



Informe de Observación de Consulta Indígena

Mesa de Consenso Indígena

Informe aprobado por el Consejo del
Instituto Nacional de Derechos Humanos
el 07 de octubre de 2013 – Sesión 175

Colección Informes de Observación de Consulta Indígena
©Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

José Aylwin Oyarzún

Carolina Carrera Ferrer

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Debbie Guerra Maldonado

Branislav Marelic Rokov

Sergio Micco Aguayo

Margarita Romero Méndez

Eduardo Saffirio Suárez

Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Lorena Fries Monleón

Observadores INDH

Consejero Sr. Sergio Fuenzalida

Federico Aguirre Madrid

Edición general de la colección, Unidad de Estudios y Memoria

Dhayana Guzmán Gutiérrez

Marcia Núñez Catalán

Estephanie Peñaloza Carrasco

Diseño editorial y diagramación

Lebran (lebran.cl)

ISBN

RPI

Santiago de Chile

Diciembre de 2020

Esta publicación es de uso público y sus contenidos pueden ser reproducidos total o parcialmente citando la fuente.

Informe de Observación de Consulta Indígena

Mesa de Consenso Indígena

Informe aprobado por el Consejo del
Instituto Nacional de Derechos Humanos
el 07 de octubre de 2013 – Sesión 175



Índice

A. Mandato	9
B. Sobre la obligación de establecer un mecanismo institucionalizado que garantice el deber de consulta previa	12
C. La Mesa de Consenso Indígena y su desarrollo	15
D. Principales aspectos observados	19
Proceso genuino de diálogo	20
Potestad reglamentaria o regulación por ley del deber de consulta previa	20
Instituciones representativas	22
Artículos consensuados	27
Artículos no consensuados	31
Medidas a ser consultadas y afectación directa	31
Proyectos de inversión	34

La Consulta Indígena en el Convenio N° 169 de la OIT

El artículo 6° del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio N° 169 de la OIT), promulgado el 2 de octubre de 2008 por el Estado de Chile mediante Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial con fecha 14 de octubre de 2008, establece como deber para los gobiernos consultar a los pueblos indígenas “[...] 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.”, estableciendo, por una parte, “[...] 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” y, por otra, “[...] 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”. Estas consultas establecidas en el Convenio N° 169 de la OIT, conforme al numeral 2 del mismo artículo 6° “[...] 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”.

Las obligaciones previamente referidas, , deben complementarse con lo dispuesto en el artículo 7° del Convenio, que establece que los pueblos indígenas “[...] 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, deben

“[...] participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. El mismo artículo 7° dispone que “[e]l mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan.” Para lograr los fines mencionados, los gobiernos, deben, en primero término, velar para que, “[...] siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”; y, segundo, deben “[...] tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

“...establece como deber para los gobiernos consultar a los pueblos indígenas “[...] 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.”

La Consulta Indígena en el Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social

Mediante el Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social se aprobó el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena en el marco del artículo 6° N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, promulgado el 15 de noviembre de 2013 y publicado el 4 de marzo de 2014, que derogó y dejó sin efecto el Decreto Supremo N° 124 del entonces Ministerio de Planificación y Cooperación. Conforme al artículo 2° del Reglamento, se define la consulta indígena como “[...] un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento”.

El órgano de la Administración del Estado, según señala el artículo 3° del Reglamento, debe “[...] realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo”. Los principios a los que refiere esta norma son, según el artículo 9°, a) la buena fe, que implica un “[...] diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable”, este principio comprende, además, que el Estado debe “[...] actuar con debida diligencia, entendiéndose por tal la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad según lo dispuesto en el artículo siguiente”; b) procedimiento apropiado, es decir, el procedimiento de consulta indígena, según el artículo 10, “[...] deberá aplicarse con flexibilidad” y “[...] deberá ajustarse a las particularidades del o los pueblos indígenas consultados, debiendo respetar su cultura y cosmovisión, reflejada en costumbres, aspectos lingüísticos, tradiciones, ritos o manifestaciones de sus creencias”, asimismo, los órganos responsables de desarrollar las consultas “[...] deberán considerar la naturaleza, contenido y complejidad de la medida a ser consultada”; por último, c) el carácter previo de la consulta, de acuerdo al artículo 11, inciso primero, del Reglamento, importa “[...] que se lleve a cabo con la debida antelación y entregue al pueblo indígena afectado la posibilidad de influir de manera real y efectiva en la medida que sea susceptible de afectarle directamente”.

“[...] realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo”.



Mandato

El Instituto Nacional de Derechos Humanos -INDH-, es una corporación autónoma de derecho público creada en virtud de la Ley 20.405, que tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes del territorio nacional. Asienta el cumplimiento de su mandato institucional en los Principios de París, garantizando orgánica y funcionalmente su independencia, autonomía y pluralismo.

base a la revisión de los estándares pertinentes, en primer lugar, reiterar la obligación con cargo del Estado de avanzar en el establecimiento de un mecanismo que garantice el ejercicio del derecho a la consulta previa. Asentado aquello, reflexionamos en torno a si un Reglamento es la herramienta más adecuada para responder al desafío de institucionalizar un mecanismo de estas características. A continuación, ofrecemos la descripción del proceso adelantado por los partícipes de la Mesa de Consenso, incluidos el análisis de los aspectos procedimentales y de contenido, para finalmente ofrecer un conjunto de recomendaciones.

El INDH ha señalado que el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y su plena vigencia representan un desafío para el Estado, el que debe avanzar en establecer relaciones construidas desde el reconocimiento de la diversidad y pluralidad cultural de nuestra sociedad².



2 Cfr. Informes Anuales 2010; 2011 y 2012.

B

Sobre la obligación de establecer un mecanismo institucionalizado que garantice el deber de consulta previa

Uno de los desafíos que enfrenta el Estado en materia de garantía y protección de los derechos de los pueblos indígenas es la debida implementación de las obligaciones nacidas del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido el INDH ha señalado que la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, así como el actual desarrollo normativo fijado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT -CEACR-; los procedimientos especiales de Naciones Unidas, los órganos de control de tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH, imponen al Estado la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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 la medida propuesta. Satisfacer adecuadamente este deber, de acuerdo a los más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, no sólo emana del cuerpo de normas convencionales, sino que es igualmente constitutivo de un Principio General del Derecho Internacional.

El deber de consulta constituye una pieza central dentro del Convenio 169 de la OIT y se enmarca en el derecho a la participación de los pueblos indígenas. Ello supone un cambio en el paradigma de relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas que, asentado en el reconocimiento de derechos, coadyuva al entendimiento y la solución consensuada a eventuales conflictos.

Si bien este deber procede con independencia que existan o no desarrollos normativos internos que la contemplen, existe un consenso en que los ordenamientos jurídicos de los países se deben dotar de mecanismos institucionalizados que permitan operativizar la consulta previa. Así ha sido sostenido por la CEACR, en la Observación General sobre el Convenio 169 (2009), al señalar que “[c]onsidera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan, de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de esos pueblos” agregando que “[d]ebiera realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia”.

En su observación General (2011) la CEACR reiteró que en mérito de “(...) la revisión de los trabajos preparatorios en relación con el Convenio núm. 169 y de la revisión del Convenio en los dos textos que dan fe [inglés y francés], la Comisión concluye que la intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar en virtud del Convenio significase que: (...) tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias”.

A la misma conclusión llegó la Comisión IDH quien sostuvo que “[e]l cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. La ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber”. Más aun, se ha estimado que “[l]a ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta”.

En el mismo sentido, el Comité contra la Discriminación Racial ha recomendado que se establezca de manera concertada con los pueblos indígenas “[u]na legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes del CEACR de la OIT, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado de las comunidades afectadas”.

Por su parte, el Relator Especial James Anaya (2012), en sus comentarios sobre la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta y participación indígena, ha afirmado que dicha iniciativa “[r]epresenta un importante paso hacia la necesaria regulación interna del deber de consulta”.

El Tribunal Constitucional (2000) en requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, asentó el criterio conforme al cual la norma relativa a la consulta previa contenida en el tratado internacional corresponde al “[t]ipo de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing”, [es decir aquellas que] tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”. Esta norma por lo tanto, a juicio del Tribunal Constitucional tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa.

La Corte Suprema, por su parte, ha señalado que “[c]onviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

En mérito de estos desarrollos en su primer Informe Anual (2010), el INDH señaló que todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación del Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo referido a la institucionalización del derecho a la consulta y la participación, de acuerdo a los estándares que el derecho internacional de los derechos humanos establece sobre esta materia.

El año 2011 reiteramos que el “[d]eber estatal de consulta previa debe ser adecuadamente regulado de conformidad a los principios establecidos por el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, mediante un mecanismo institucionalizado, a fin de garantizar los principios de legalidad y certeza jurídica. Sin embargo, la ausencia de dicha regulación no exonera el Estado del deber de realizar la consulta previa sobre aquellas medidas de origen administrativo o legal que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas”.

En conclusión, el INDH ha recomendado que corresponde al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional, no obstante la plena ejecutabilidad y vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.



La Mesa de Consenso Indígena y su desarrollo

La Mesa de Consenso se inscribe dentro de los esfuerzos gubernamentales por reemplazar el Decreto Supremo 124/2009 del Ministerio de Planificación de Reglamento Provisorio de Consultas, y con ello avanzar en regulación y ajuste de la normativa sobre consulta a los estándares internacionales de derechos humanos. Una primera etapa, anunciada el 8 de marzo de 2011 por el Poder Ejecutivo fue la “Consulta sobre Institucionalidad Indígena” que tuvo por finalidad someter a dicho proceso: a) una propuesta de nueva institucionalidad indígena que reemplazará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -CONADI-; b) el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas; c) la consulta sobre la propuesta del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -SEIA- que incluye un procedimiento de participación o consulta indígena como parte del proceso de evaluación de determinados proyectos de inversión; y d) la regulación del procedimiento de consulta³. Este proceso habría



3 Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág. 35.

ron establecer una Mesa de Consenso la que finalmente se constituyó en el mes de marzo del año en curso¹².

A esta instancia fue invitado como observador el INDH tanto por los representantes de los pueblos indígenas como por el Poder Ejecutivo, cuestión que entendemos como una expresión de la confianza que representa la labor desplegada por nuestra institución en cumplimiento al deber de promover y proteger los derechos humanos en el país.

La Mesa deliberó durante cinco meses entre marzo a julio del presente año, sesionando en 9 oportunidades, cada vez por tres días. A la Mesa concurrieron un total de 44 representantes y dirigentes de los pueblos indígenas, apoyados por ocho asesores/as de elección y confianza de los propios representantes de los pueblos indígenas¹³. Por parte del Gobierno participaron delegaciones de los Ministerios de Economía; Agricultura; Desarrollo Social; Energía; Minería; Justicia, Hacienda, Obras Públicas, Medio Ambiente; Secretaría General de la Presidencia; Corporación de Desarrollo Indígena. Todas las sesiones se celebraron en la ciudad de Santiago.

En la primera sesión (12 y 13 de marzo) se firmó un “Protocolo de buenas intenciones” el que se funda en el consenso por reemplazar el DS 124 e iniciar un diálogo de buena fe.

Cabe señalar que desde el gobierno garantizó la participación indígena, la que fue definida autónomamente por los integrantes indígenas de la Mesa. Prestó igualmente la ayuda técnica y logística para los representantes indígenas, incluidos el traslado, alojamiento, espacios para la deliberación interna y autónoma, asesoría técnica y celebración de talleres y encuentros regionales, locales y nacionales.

A la Mesa llegaron once propuestas de regulación por parte de representantes de pueblos indígenas: 1) “Propuesta sobre Reglamento de Consulta Artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, de la “Coordinación Nacional de Consulta Indígena”; 2) “Propuesta de normativa de consulta del pueblo Rapa Nui”; 3) “Propuesta de Reglamento de Consulta Previa, Libre e Informada de indígenas que habitan zonas urbanas” de Organizaciones Indígenas Urbanas de la Región Metropolitana; 4) “Documento de observaciones y propuesta para la consulta de los pueblos originarios” de organizaciones mapuche de La Araucanía; 5) “Propuesta de Reglamento de consulta y participación indígena del Pueblo Quechua” representantes del pueblo quechua, Región de Tarapacá; 6) “Propuesta de la mesa provincial (Copiapó-Chañaral) indígena Diaguita para nueva normativa de consulta y participación indígena en conformidad de los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT” presentado por Diaguita de Camasquil; 7) “Propuesta normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT” ADI de Ercilla; 8) “Propuesta de sobre Reglamento de Consulta” presentado por la Corporación Encuentro Nacional Mapuche (ENAMA); 9) “Borrador propuesta Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Consulta y participación” Organizaciones indígenas de Arica; 10) “Propuesta de la Mesa Indígena Kolla para nueva normativa de Consulta y Participación Indígena”; y 11) “Propuesta Mesa de Diálogo para un Reencuentro Histórico”¹⁴.

Toda la documentación, incluidos los audios de las deliberaciones y las listas de asistentes fueron subidas íntegramente a la página web consultaindigena.cl, como expresión del registro fidedigno de las negociaciones y garantía de transparencia del proceso.



- 12 Cfr. Solicitud de representación en calidad de observador de los Delegados de pueblos indígenas y representantes del Gobierno. http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/130228092726_0001.pdf
- 13 Gobierno de Chile. Informe Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. 6 de agosto de 2013. Pág. 12
- 14 Gobierno de Chile. Informe Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. 6 de agosto de 2013. Anexos.

En la Mesa se logró acuerdo en relación a 17 artículos: 1) Objeto del Reglamento; 2) Consulta; 3) Órganos a los que se aplica el Reglamento; 4) Pueblos Indígenas; 5) Responsable de los Procesos de Consulta; 6) Sujetos e instituciones representativas; 7) Asistencia Técnica / Rol de la CONADI; 8) Buena fe; 9) Procedimiento Apropriado; 10) Carácter Previo; 11) Pertinencia de la Consulta; 12) Plazos; 13) El Procedimiento de la Consulta; 14) Suspensión y Término del Proceso de Consulta; 15) Convocatoria; 16) Expediente; 17) derogación DS.124.

Respecto de tres temas no se alcanzó acuerdo, ellos están referidos a aspectos medulares y dicen relación con: el concepto de afectación directa; medidas a ser consultadas y consulta en relación a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas.

El 29 de julio de 2013 sesionó por última vez la Mesa de Consenso, dando por terminado el proceso con los disensos señalados y en torno a los cuales no pudo alcanzarse un consenso, propuesta que fue entregada en un acto de cierre el día 6 de agosto al Ministro Chadwick en representación del Pdte. De la República. Con el objeto de informar sobre los resultados se decidió realizar un seminario conjunto entre el Gobierno y los representantes indígenas en la Mesa, el que se realizó en la ciudad de Santiago el 7 de agosto del año en curso. Adicionalmente se resolvió entregar al Presidente de la República un informe sobre el proceso llevado a cabo.

Los integrantes indígenas de la mesa de Consenso los días 8 y 9 de agosto del año en curso, con el apoyo logístico del Ejecutivo, celebraron en la ciudad de Santiago un “Congreso Nacional de Pueblos Indígenas”. En sus conclusiones los integrantes y representantes indígenas reconocen y valoran “[l]a voluntad política del actual gobierno en facilitar las instancias de encuentro y diálogo de nuestros pueblos, en pos de ejercer nuestros derechos (...)”¹⁵. Valoran asimismo “[e]l esfuerzo colectivo de los representantes indígenas durante el proceso de consulta para construir una instancia que permitiera el debate con el Poder Ejecutivo del Estado de Chile y el despliegue territorial a nivel de bases”¹⁶. En este marco resuelven presentar una “Reclamación ante la Oficina Internacional del Trabajo, a través del Sindicato N° 1 de Panificadores de la ciudad de Santiago (...) en la que se detallará como el gobierno de Chile no garantiza el cumplimiento efectivo del Convenio 169 de la OIT, pretendiendo restringir los alcances del Convenio 169 en los siguiente puntos: (i) al precisar que los proyectos de inversión ingresados al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental no serían consultados según el reglamento consensuado con los pueblos indígenas, sino mediante un reglamento inconsulto; (ii).- al señalar que las medidas administrativas consultadas serían solamente aquellas con alcance general, cuestión que no distingue el Convenio; y (iii).- en la forma que el gobierno entiende la afectación directa, no dando debida cobertura a que los pueblos indígenas determinen libremente cómo es que una medida puede o no ser susceptible de afectarlos directamente”¹⁷.

Por último acuerdan elaborar un reglamento propio que regule la consulta el que tendrá por “[o]bjeto señalar al mundo empresarial, que la búsqueda de acuerdos no depende exclusivamente del Estado, sino más bien del concepto de autogestión territorial de los pueblos indígenas, en el ejercicio del derecho a establecer relaciones políticas y económicas como sujetos colectivos de derechos”¹⁸.



15 Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas “Por el ejercicio del derecho a la consulta y participación”; Santiago 7, 8 y 9 de agosto de 2013.

16 Ídem

17 Ídem

18 Ídem



Principales aspectos
observados

1 Proceso genuino de diálogo

El INDH en primer lugar reconoce y valora el proceso desarrollado en la Mesa de Consenso y los esfuerzos desplegados por quienes a ella concurrieron. Se trata de una experiencia inédita y compleja de creación de una instancia que de manera sistemática y concertada logró mantener conversaciones entre representantes de los pueblos indígenas y el Estado, en la perspectiva de alcanzar acuerdos en temas relevantes para las partes involucradas. Se trató de un diálogo y un proceso de negociación genuino entre actores que, a pesar de las insuficiencias metodológicas detectadas en un inicio, lograron superar las desconfianzas y generar condiciones y un clima que permitió arribar a acuerdos. El equipo negociador del Gobierno y los representantes indígenas realizaron esfuerzos significativos por superar los desencuentros, logrando niveles de consenso en un conjunto de materias. No obstante estos esfuerzos, hubo también disensos en torno a la naturaleza, contenido y alcance de la consulta previa y respecto de los cuales no se logró acuerdo.

Asimismo, el INDH valora que el proceso realizado se inspirara en el consenso alcanzado por superar la actual reglamentación contenida en el DS 124 de Mideplan, que como ha sido sostenido por organizaciones y autoridades de los pueblos indígenas, así como por el Congreso Nacional de la República, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas y esta institución, constituye una norma que contraría las obligaciones del Estado en esta materia.

2 Potestad reglamentaria o regulación por ley del deber de consulta previa

El INDH es consciente que una de las mayores dificultades y desafíos a los que se ven expuestos los Estado al ratificar el Convenio 169 de la OIT, es el referido a la correcta implementación del deber de consulta previa. En este campo, la Comisión de Expertos de la OIT ha logrado identificar dos grandes ámbitos de dificultades. En primer orden, lograr la realización de procedimientos apropiados consistentes con los principios y definiciones contenidas en el Convenio 169 y otros instrumentos pertinentes. En segundo lugar, diseñar herramientas normativas adecuadas que regulen los mecanismos a través de los cuales se llevaran a cabo dichos procesos de consulta.

Los problemas surgidos con motivo de la implementación de este deber, entre otras causas dicen relación con que la consulta previa constituye un derecho colectivo, generalmente desconocido por los ordenamientos jurídicos internos, orientado a salvaguardar la capacidad de estos pueblos a establecer y decidir sus propias prioridades de desarrollo. Supone un nuevo modelo de relaciones con sujetos a los que históricamente se les ha negado esta condición, lo que entraña desafíos adicionales, sobre todo respecto de Estados en los cuales no existe tradición y cultura jurídica para la adopción de decisiones públicas concertadas previamente y sometidas a la consideración de sujetos colectivos de derechos. Este nueva forma de establecer relaciones con los pueblos indígenas busca obtener su consentimiento, previo, libre e informado, cuando las medidas afecten de algún modo sus intereses y derechos. Como lo hemos señalado en otras oportunidades, “[s]uperar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar el máximo control posible a los pueblos indígenas sobre su propio desarrollo económico, social y cultural representa un imperativo jurídico, que requiere asu-

que estatuyen las bases esenciales de un ordenamiento jurídico requieren del concurso y dominio de la ley.

En apoyo a esta posición, podemos agregar una razón de texto al mandar el Convenio 169 que ciertas hipótesis de consulta previa sean reguladas por la 'legislación nacional'. Es el caso de lo dispuesto en el artículo 16 relativo a la reubicación y el derecho a regresar a las tierras cuando como consecuencia de proyectos de inversión se deban producir desplazamientos de población. La disposición en esta materia es ilustrativa de lo que se viene señalando puesto que establece que cuando dicho consentimiento no se pueda obtener “[e]l traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional (...)” (el destacado es nuestro).

El INDH a propósito de la discusión en torno a la regulación de la consulta previa en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -SEIA- ha señalado que siendo la consulta y participación indígena un derecho fundamental, la potestad reglamentaria de ejecución al estar llamada exclusivamente a regular materias que no sean de dominio legal y a facilitar una adecuada aplicación de las leyes, supone un espacio normativo más limitado para la adecuada implementación de un deber como el que se analiza. Lo que se señala tiene implicancias prácticas y entendemos hace parte de la observación a la que hemos sido invitados en la medida que la Mesa de Consenso se instaló con el propósito de establecer un “nueva normativa de consulta y participación indígena, de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la OIT”.

Este tema a pesar de no haber sido planteado en los términos recién expuestos, fue razón de controversia en el seno de la Mesa de Consenso. En efecto, al momento de identificar los órganos a los que se aplicaría la nueva normativa de consulta, los representantes del Poder Ejecutivo propusieron que ésta alcanzará a algunos órganos, entre otros, a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, los servicios públicos, y el Consejo para la Transparencia, señalando que en relación con los órganos constitucionalmente autónomos éstos tendrían la facultad de sujetarse a las disposiciones de la propuesta de reglamento. Con ello se entrega a la discrecionalidad del órgano constitucional autónomo la sujeción a la normativa de consulta definida y consensuada en la Mesa. Lo anterior significa que las medidas adoptadas por las municipalidades, por ejemplo, un aspecto especialmente sensible para los pueblos indígenas, no necesariamente se verán reguladas por la normativa de consulta acordada. Ello importa una dificultad, un nivel de incertidumbre tanto para los pueblos indígenas como para otros actores concernidos. En definitiva, por recurrirse a la potestad reglamentaria para normar la consulta, quedan materias excluidas y no abordadas en la propuesta de normativa discutida entre el Estado y los representantes de los pueblos indígenas: aquella referida a los órganos del Estado alcanzados por la propuesta de regulación.

3 Instituciones representativas

Para el INDH la viabilidad de cualquier iniciativa que se adopte con el propósito de instaurar un mecanismo de consulta previa, va a depender de que el procedimiento seguido y los acuerdos alcanzados se adecúen al estándar y principios que informan la consulta previa. Ello es condición de legitimidad y validez de los esfuerzos desplegados. En este sentido dos principios de la consulta son críticos para el logro del fin esperado. El primero dice relación con los procedimientos apropiados. El otro aspecto vital es concurrir a un diálogo que efectivamente encarne el principio de instituciones representativas. Es en este último aspecto que advertimos debilidades.

“Observamos en la Mesa de Consenso una articulación diversa y plural de liderazgos de diversos pueblos, con sus singularidades y sensibilidades culturales, sociales y políticas que hacen complejo el diálogo concertado con el Estado. No obstante, a pesar de la diversidad y de las legítimas diferencias fue posible arribar a la formulación de propuestas unitarias, expresión de los propios consensos internos alcanzados y a los que fue posible llegar en ejercicio de su autonomía, en un contexto no exento de críticas externas y tensiones internas”



A ello se sumó el rechazo de los representantes indígenas en la Mesa de Consenso a sumar a algunas organizaciones quienes solicitaron su incorporación en dicha instancia. Es el caso de las comunidades mapuche de la ADI de Ercilla; el Representante Diaguita de la Comuna de Vallenar; Representante Aymara de la Región de Tarapacá agrupadas en la organización CO-PRAY²⁶. Se debe agregar que el INDH con fecha 26 de marzo del año en curso recibió de parte de la Asociación Mapuche para el Desarrollo Integral -ENAMA- una carta en la que denunciaba la expulsión de la que fueron objeto.

Finalmente debemos señalar que de los ocho representantes indígenas electos de la CONADI se restaron de este esfuerzo seis²⁷. Extrañamos en este proceso la ausencia de ediles y otros representantes de elección popular pertenecientes a los pueblos indígenas, entre otros a Adolfo Millabur, presidente de Identidad Lafkenche y alcalde de la Comuna de Tirúa, organización mapuche que tuvo una destacada participación en la generación de la ley de Borde Costero.

El Convenio 169 -al igual que la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas-²⁸ establece que la consulta debe verificarse a través de las instituciones representativas de los pueblos interesados. Para determinar cuáles son dichas instituciones es necesario atender los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al respecto, la OIT ha destacado esta cuestión señalando que “lo importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”²⁹. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*: “es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”³⁰.

No se trata de las instituciones más representativas de los pueblos indígenas, sino de todas las autoridades legítimas, o sea aquellas que, conforme a lo señalado, tengan la característica de ser representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las medidas propuestas. Esto implica que siempre debe consultarse a las autoridades tradicionales del pueblo involucrado y no solo a las comunidades establecidas conforme a determinada legalidad.³¹ Por otra parte, la obligación de consulta previa implica ciertas cargas para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad y no discriminación, particularmente en cuanto al género. En este sentido el ex Relator Rodolfo Stavenhagen, señaló en su momento que “[l]os pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las



- 26 Carta del Sr. Matías Abogabir Méndez, Asesor Especial para Asuntos Indígenas, Ministerio de Desarrollo Social de fecha 26 de marzo de 2013.
- 27 Los consejeros indígenas de la Conadi que se retiraron de la iniciativa en el proceso fueron: Iván Catalino Carilao Ñanco, Ana María Llao Llao, Andrés Hernán Matta Cuminao, Claudia Alejandra Pailalef Montiel, Zenon Vicente Alarcón Rodríguez, Wilson Manuel Reyes Araya y Rafael Hernan Tuki Tepano
- 28 Artículo 32.2: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”
- 29 OIT, 2004. Párr. 102
- 30 Corte IDH. Caso del Pueblos Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 12 de agosto de 2008. párr. 18.
- 31 En el caso chileno, la Ley de Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos. 9 al 11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda. El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye “[u]n requisito esencial de los procedimientos de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”³².

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena, entraña en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en la definición de cuáles son sus instituciones representativas que permitirán entablar un diálogo genuino y constructivo con el Estado. Por otra parte, es cierto que en virtud de la autonomía de los pueblos estos pueden negarse a participar de un proceso de consulta. El Relator Especial James Anaya ha señalado a este respecto “[q]ue el estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso de consulta adecuado de acuerdo a los estándares internacionales y se enfrenta con esta postura definitiva de oposición. En tales circunstancias, se puede considerar que la parte indígena ha renunciado su derecho a ser consultado por el estado, pero no ha renunciado a su derecho de no otorgar su consentimiento. De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados y a la medida en cuestión, están rehusando otorgar su consentimiento, al igual si hubiesen entrado en un proceso de consulta y hubiesen rehusado otorgar su consentimiento o entrar en acuerdos dentro de ese proceso”³³.

En la Mesa de Consenso no hubo renuncia del derecho a ser consultados puesto que hubo pueblos que sí concurrieron a este proceso en sus inicios y que aun perseveran en sus esfuerzos por participar en instancias de consulta. Es el caso del pueblo Rapa Nui y de dirigentes y autoridades (Likanantay, Diaguitas, Quechua, Aymara) que expresaron su voluntad de diálogo, o de aquellos que solicitaron su ingreso a la Mesa (comunidades mapuche de la ADI de Ercilla), y finalmente no fueron aceptados. En el caso que nos ocupa no estamos por lo tanto en la hipótesis de la negación a participar, más bien estamos en presencia de pueblos, dirigentes y autoridades que no vieron en la Mesa de Consenso el espacio adecuado para materializar su participación, sin perjuicio que igualmente notorio es el hecho de que hay sectores que no tienen interés en una diálogo de estas características.

Considerando que actores relevantes se marginaron de este proceso, incluidos aquellos que expresaron la voluntad de participar, y por lo tanto, no habiendo renunciando a su derecho a ser consultados, es que estimamos que se debe asumir que lo que se avanzó en términos de acuerdo se conciba como una primera etapa, de un proceso más inclusivo y participativo. De esta manera creemos que es posible avanzar en la legitimidad y eficacia del proceso realizado y evitar cuestionamientos significativos por parte de los pueblos indígenas.

Hay motivos adicionales para sostener una propuesta como la que formulamos. La más importante de ellas es que aún no se ha alcanzado acuerdo respecto de materias esenciales (concepto de afectación directa, materias a ser consultadas y regulación de la consulta respecto a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas) y que como señalaremos, están a la base del derecho a la consulta previa y respecto de los cuales ningún pueblo, dirigente o autoridad indígenas a prestado su consentimiento. Es decir, respecto de estas materias no hay actor relevante de los pueblos indígenas que haya expresado su aquiescencia (ni en la mesa ni fuera de ella) por estimarse que las propuestas del Estado en estas materias



- 32 OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010/ Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28.
- 33 Anaya, James. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. Seminario sobre “La Consulta Previa a los pueblos indígenas y el rol de los Ombudsmen en América Latina”, evento organizado por la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), Lima, 25 de Abril de 2013. Pág.5.

- **Órganos a los que se aplica el Reglamento.** Por la naturaleza jurídica del Reglamento se limita el alcance del Reglamento consensuado a los Ministerios, las intendencias, los Gobiernos Regionales, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, y es un aspecto positivo logrado como consecuencia del trabajo de la Mesa de Consenso, se deja expresamente asentado que dichos órganos no se entenderán exentos del deber de consulta cuando ello sea procedente.

Advertimos que la inclusión de las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública dentro de los órganos llamados a cumplir con la obligación de consulta previa no se aviene con la naturaleza no deliberante de las instituciones de la defensa nacional y encargadas del orden público. Desde esta perspectiva, en nuestra opinión no se las debiera incluir.
- **Definición de Pueblos Indígenas.** Señala el artículo consensuado que “[s]e consideran pueblos indígenas, aquellos que define el artículo primero del convenio 169 de la OIT, reconocidos en el artículo primero de la ley 19.253”. Advertimos en esta redacción una impropiedad en el sentido que menciona la definición de Pueblos Indígenas “reconocidos” en la ley 19.253. Dicha ley no reconoce pueblos indígenas reconoce etnias. Responsable de los Procesos de Consulta: El artículo acordado estipula de manera exclusiva la responsabilidad del organismo con competencia sobre la medida como el responsable de coordinar y ejecutar la consulta. En este punto se debe advertir que es probable que haya más de un órgano con competencia en la materia o media a ser consultada, lo que pudiera generar confusiones, de ahí que hubiera sido deseable precisar que es el órgano responsable de dictar la medida el responsable de llevar a cabo la consulta previa.
- **Sujetos e instituciones representativas.** “La consulta previa se realizará con los pueblos indígenas y sus miembros afectados directamente, quienes podrán participar a través de sus instituciones representativas, adoptando las decisiones que correspondan en cada caso.

Una vez efectuada la convocatoria en conformidad al artículo 14 del presente reglamento, cada Pueblo determinará libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas y/o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley 19.253”.

Se omite en la redacción el concepto de “susceptibilidad” que es calve en la interpretación de pertinencia de la consulta. Por otro lado, se establece como facultativa la participación de los miembros a través de sus instituciones representativas, en circunstancias que el estándar mandata que sea a través de estas instituciones que se realice la consulta previa.
- **Asistencia Técnica / Rol de la CONADI.** El artículo acordado asigna a la CONADI la coordinación y ejecución en su caso de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado. Es deseable la existencia de una institucionalidad responsable de apoyos técnicos. Creemos igualmente que hay que hacerse cargo de las asimetrías que para los pueblos indígenas supone la instauración de procesos que versan eventualmente sobre temas complejos y altamente técnicos. De esta manera se debe garantizar la participación en condiciones de igualdad, o al menos en condiciones que permitan a los pueblos indígenas asesorías técnicas independientes que coadyuven y favorezcan la deliberación interna, y que el consenso que eventualmente se obtenga de estos procesos de consulta, reflejen efectivamente su carácter libre e informado. Hay aquí un vacío.

Los pueblos indígenas, en este sentido también requieren de asistencia técnica que debe proveer el Estado precisamente para garantizar la participación informada.

- **Buena fe.** Se destaca de la propuesta consensuada el que se hace expresa mención a la subordinación del comportamiento a la obtención del consentimiento previo, libre e informado. Igualmente se impone el deber de la ‘debida diligencia’ del Estado en la creación de condiciones que propicien el diálogo.
- **Procedimiento Apropriado.** La mención del respeto a las características culturales de los pueblos indígenas a ser consultados, así como la consideración de la naturaleza de la medida a ser consultada representa un avance en cuanto a la propuesta inicial.
El procedimiento adecuado, no obstante impone la obligación con cargo al Estado que este debe reunir las características de previa, informado y plenamente participativo, cuyo objeto es obtener el consentimiento, garantizando la capacidad de los pueblos interesados de influir en los resultados de la medida a ser consultada.
- **Carácter Previo.** Se expresa de manera clara que la consulta a los pueblos indígenas será previa, entendiéndose por tal aquella que se lleve a cabo con la debida antelación y permita al pueblo indígena concernido incidir de manera real y efectiva en la medida que pueda afectarle directamente. La referencia a la incidencia real y efectiva es una positiva mejora en relación a la propuesta original.
- **Pertinencia de la Consulta.** El artículo precisa que el proceso de consulta se realizará de oficio por el órgano responsable de la adopción de la medida sujeta a consulta, habilitándose a dicho organismo a que solicite un informe de pertinencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social para elaborar un informe de pertinencia. Si el órgano no procede con la consulta se estipula que cualquier persona indígena interesada, natural o jurídica, y/o instituciones representativas podrán solicitar fundamentadamente la realización del proceso. En todo caso, se señala que el Consejo Nacional de la CONADI, por la solicitud de al menos de uno de sus miembros indígenas electos, podrá solicitar la realización de una consulta en los mismos términos que establece este reglamento. Siempre será el órgano responsable el que acoja o rechace la solicitud en un plazo no superior a 20 días.

A nuestro juicio no se divisan razones que permitan entender la intervención de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social en la elaboración eventual, del informe de pertinencia. Si la CONADI es la responsable de las ayudas técnicas, en mérito a que sería el órgano con mayores capacidades y competencias en estas materias, no se entiende que se la excluya de esta función.

Se considera como un hecho positivo el que cualquier persona indígena o un consejero/a de CONADI puedan solicitar el inicio de un proceso de consulta. No obstante queda radicado exclusivamente en el órgano responsable de la medida la facultad de iniciar el proceso de consulta. Hay un matiz que se debe explicitar y que el Convenio señala, y la propuesta de Reglamento no, y es lo referido a lo previsto en el artículo 16 del Convenio, cuando la medida diga relación con recursos naturales de propiedad del Estado, en que se debe establecer un criterio preventivo, pues lo primero a consultar en esa hipótesis no es la medida propiamente tal sino precisamente si ella es susceptible de afectar o no a los pueblos indígenas. Es decir, pertinencia de la consulta, siempre de acuerdo a lo que dispone el Convenio 169, no está enteramente entregado al órgano responsable de la medida, hay en el caso reseñado, y se debe garantizar la consulta previa a los pueblos interesados. Al no haber mecanismos especiales de impugnación,

es de presumir que se aplicarían los principios generales de impugnación administrativa y judicial.

- **Plazos.** De acuerdo a la propuesta, el procedimiento de consulta constará de cinco etapas. Tratándose de una medida legislativa, cada una de estas etapas no puede exceder de 25 días hábiles, es decir se fija un término máximo de 125 días hábiles. Tratándose de una medida administrativa cada etapa deberá cumplirse en un término de 20 días hábiles, es decir un máximo de 100 días.
El órgano responsable de la medida, previo diálogo con los pueblos interesados podrá sólo en la etapa de planificación (la primera de las etapas) ampliar los términos, por un máximo de seis meses para la realización del procedimiento de consulta. Se persiste en radicar sólo en el órgano responsable la posibilidad de ampliar dichos plazos. En atención al criterio de flexibilidad sería recomendable autorizar a los pueblos interesados incidir en este tema y también tener la capacidad previa, diálogo con el órgano del Estado resolver sobre esta materia.
- **El Procedimiento de la Consulta.** Se fija un procedimiento de cinco etapas: 1) Planificación del Proceso de Consulta; 2) Entrega de información y difusión del proceso de consulta; 3) Deliberación interna de los pueblos indígenas; 4) Etapa de diálogo; y 5) Sistematización, Comunicación de resultados y término del proceso de Consulta. La inclusión de la etapa de deliberación interna de los pueblos indígenas debe ser considerada como un avance respecto de la propuesta original.
- **Suspensión y Término del Proceso de Consulta.** Hay una mejora entre la propuesta inicial y el resultado obtenido en la Mesa de Consenso. Se incluye la posibilidad de que el pueblo indígena consultado pueda solicitar fundadamente al órgano responsable, la suspensión del proceso de consulta. Se elimina la posibilidad que tenía el órgano responsable de la medida de poner fin al proceso de consulta en el caso del incumplimiento del principio de buena fe. Es recomendable, en caso de suspensión de la consulta, examinar la posibilidad de prorrogar los plazos por un tiempo equivalente a la suspensión.
- **Convocatoria.** Se trata de un artículo nuevo no consignado en la propuesta original. Se fija en él un momento de inicio del proceso de convocatoria y los medios a través de los cuales se realizará dicha convocatoria.
- **Expediente.** Se incorporará un registro de todas las actuaciones llevadas a cabo en cada una de las etapas del proceso.
- Derogación DS.124.

5 Artículos no consensuados

Son tres los temas respecto de los cuales no hubo acuerdo y que representan materias medulares del deber de consulta previa puesto que condicionan la procedencia, el alcance y el contenido de la misma. Son adicionalmente aquellos temas y materias que han generado los mayores grados de incertidumbre a los inversores y titulares de proyectos y al mismo tiempo los que explican en parte la judicialización de la que ha sido objeto el Convenio 169 de la OIT en nuestro país.

Estas materias son: a) afectación directa b) medidas a ser consultadas y c) regulación de la consulta en relación a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. Respecto de estos temas no se observaron modificaciones sustanciales en la postura inicial adoptada por la delegación del Estado.

MEDIDAS A SER CONSULTADAS Y AFECTACIÓN DIRECTA

En el marco de la octava ronda de negociaciones, las medidas a ser consultadas y la afectación directa son integradas en un solo artículo. Ambas materias efectivamente están indisolublemente relacionadas. En última instancia depende de lo que se entienda por ‘susceptible de afectación directa’ la delimitación de las materias que van a ser objeto de consulta. El estándar del Convenio en esta materia es de cierta flexibilidad para su implementación, siempre y cuando no afecte el derecho a consulta en su esencia.³⁵

De acuerdo a la última propuesta ofrecida por la delegación del gobierno, deberán ser consultadas las medidas legislativas y las medidas administrativas, indicándose que se entenderá por medidas legislativas los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderá por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales.

Entender por medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas los proyectos de ley que tengan un “*impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales (...)*”, es fijar un umbral de aplicabilidad no considerado por el Convenio 169. De esta manera proyectos de ley de alcance general que no sólo afecten los intereses y derechos de los pueblos indígenas, como por ejemplo, la ley de pesca, de bosques, o legislación sectorial (aguas, minería, etc...) bajo el criterio de la propuesta formulada no debieran ser objeto de consulta, en circunstancias que todo indica que se trata de legislación susceptible de afectar directamente a dichos pueblos. El requisito de exclusividad de la afectación sumado al carácter de significativo que debe contener la medida, objeto del proyecto de ley, representa de esta manera una seria restricción de pertinencia. Ni la naturaleza significativa ni el carácter exclusivo son parámetros recogidos en el derecho internacional para limitar el derecho a la consulta de la medida legislativa. No obstante, se requiere fijar ciertos criterios objetivos para el caso de susceptibilidad de afectación directa.

La definición de medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, es aún más restrictiva, pues en este caso se entienden tales aquellas que tengan “*un alcance general*” y “*carácter terminal*” siempre que posean un “*impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales*”. Hay en la propuesta una limitación reforzada: Debe tratarse de una medida administrativa que cumpla tres condiciones copulativas que hace muy difícil la pertinencia de la consulta. Se debe tratar de una medida de alcance general y que tenga a la vez un impacto singular y significativo. De esta manera medidas que no



35 Art. 34, Convenio 169

“expresaron la voluntad de participar, y por lo tanto, no habiendo renunciando a su derecho a ser consultados, es que estimamos que se debe asumir que lo que se avanzó en términos de acuerdo se conciba como una primera etapa, de un proceso más inclusivo y participativo. De esta manera creemos que es posible avanzar en la legitimidad y eficacia del proceso realizado y evitar cuestionamientos significativos por parte de los pueblos indígenas”



en los artículos pertinentes del Convenio, se exige siempre y, no sólo cuando las medidas surtan un impacto exclusivo o significativo. Así lo señala el actual Relator: “[e]s importante evitar cualquiera insinuación de que los procesos de consulta se centran principalmente en medidas ya definidas que tengan impactos adversos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, tal como ya se ha señalado, los procesos de consulta son para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que deberían facilitar el diálogo que incluya la búsqueda de alternativas a aquellas medidas que pudieran limitar o alterar el ejercicio de sus derechos o tener efectos en sus intereses, territorios, recursos o condiciones de vida”⁴¹.

PROYECTOS DE INVERSIÓN

Este constituyó uno de los temas más debatidos y que mayor controversia generó entre los interlocutores de la Mesa, no sólo porque la propuesta de Gobierno fue estimada insuficiente, sino porque en paralelo a las deliberaciones llevadas a cabo en la Mesa, se tramitaba en la Contraloría General de la República, la toma de razón del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental -SEIA-, el que de acuerdo a los representantes indígenas de la Mesa es un instrumento inconsulto.

La propuesta final de la delegación del Estado mantuvo el criterio, de reenviar al Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental la consulta al disponer que “[l]os proyectos o actividades que requieran de un proceso de consulta indígena, se consultarán de acuerdo a la normativa establecida en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Adicionalmente se señala que en lo que dice relación con la pertinencia y las etapas de procedimiento se estará a lo establecido en el Reglamento general de consulta previa, en lo que fuere procedente. Es decir, hay un reenvío al Reglamento propuesto en la Mesa de Consenso.

El INDH formuló en su momento, observaciones al Reglamento SEIA y junto con valorar el avance señaló que “[e]l deber de consulta y participación, incluida la obligación de alcanzar el consentimiento previo, libre e informado, en aquellos casos expresamente señalados por el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adquiere importancia fundamental tratándose de acciones o proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Ello como consecuencia de la especial relación de dichos pueblos con sus tierras y territorios, al constituir estos últimos el sustento de sus sistemas de vida y fundamento de su supervivencia como grupo humano”⁴². En base a lo señalado por el ex Relator Rodolfo Stavenhagen el INDH sostuvo que, “[a]nte el evento de llevar a cabo proyectos de inversión en territorios indígenas incluidos aquellos de carácter tradicional o dominios ancestrales, “[l]os derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”.

Además concluyó en dicho informe que: “El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicional-



41 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. Párr. 34. Consultado en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html>

42 <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/529>

mente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia⁴³.” Al respecto, el INDH expresó su preocupación porque dicho Reglamento y la ley que lo sustenta “restringe las medidas y las materias a consultar, al limitar la susceptibilidad de afectación directa a ciertas hipótesis contenidas en él. Ello no se condice con las obligaciones a cargo del Estado de someter a consulta previa cualquier medida susceptible de afectar directamente a dichos pueblos”⁴⁴.

Indicamos además “[q]ue la importancia del establecimiento de mecanismos de consulta y participación adecuados en estas materias, dice relación con que los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas hacen parte del conflicto intercultural que el Estado de Chile enfrenta con los pueblos indígenas. Es posible advertir en relación a este punto que existe una presión derivada de la necesidad de nuevas fuentes energéticas, y de la explotación de recursos naturales (hídricos, minerales, forestales, y otros) que inciden sensiblemente en los hábitats de estos pueblos. La satisfacción de estas necesidades no puede hacerse a costa de la negación de los derechos de los pueblos indígenas.”

Por último, cabe advertir que en la remisión de un reglamento a otro eventualmente se producirán colisiones. Así por ejemplo, se propone que la participación ciudadana en un EIA se extiende a 60 días ampliable a 30 días adicionales de haberse presentado aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente el proyecto -art. 29 LGBMA-. Mientras que en un procedimiento de consulta previa, tratándose de una medida administrativa, ésta en sus cinco etapas puede extenderse a 100 días hábiles ampliables a 6 meses como máximo. La propuesta de reglamento materia de observación señala que en relación a las etapas, la consulta en el SEIA se someterá a lo que diga el reglamento ‘en lo que sea pertinente’.



43 Ibidem

44 Ibidem

