

Elementos para una adecuada implementación de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT

Elements for proper implementation of indigenous consultation ILO Convention 169

Sebastián Rogers Bozzolo

Universidad de Chile, Chile

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diplomado en Derecho Público Económico por la Universidad de Chile, Investigador del Centro de Estudios Fiscalía del Medio Ambiente – FIMA. rogers.sebastian@gmail.com

Andrea López de Maturana Castillo

Universidad de Chile, Chile

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cursando Diplomado de Recursos Naturales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. alopezdematurana@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analiza algunos aspectos fundamentales en la Propuesta de Reglamento de Consulta Indígena presentado por el Gobierno y sometida a consulta a los Pueblos Indígenas, buscando regular de esta manera el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente cada vez que una medida administrativa o legislativa sea susceptible de afectarlos directamente, según dispone el Convenio 169 de la OIT. El estudio busca otorgar lineamientos que sean adecuados a la realidad de Chile para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales suscritas por Chile, para lo cual se tiene a la vista la experiencia comparada de Perú en esta materia.

Palabras clave: Pueblos Indígenas, Consulta, Convenio 169, Derechos Humanos, Participación.



SUMMARY

This article discusses some fundamental aspects of the Regulation of Indigenous Consultation's Proposal presented by the Government, in consultation with Indigenous People, seeking thereby to regulate the right of indigenous peoples to be previously consulted whenever an administrative or legislative action is likely to affect them directly, as provided Convention 169 of the ILO. This paper seeks to provide guidelines according to the reality of Chile, in order to comply with Chile's international obligations, for which purpose we are analyzing the comparative experience of Peru in this area.

Key words: Indigenous People, Consultation, 169 Convention, Human Rights, Participation.

Introducción

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 constituyó uno de los hitos más importantes en el desarrollo de la institucionalidad indígena en Chile. Luego de la ratificación del Convenio 169, el 15 de septiembre del año 2008, hubo un periodo de vacancia legal de un año en el cual el Gobierno elaboró el Decreto Supremo N° 124 del año 2009 del Ministerio de Planificación que reglamentó el artículo 34 de la Ley N° 19.253. Mediante este reglamento, se pretendió dar cumplimiento tanto al deber de consulta estatal a los pueblos indígenas y tribales respecto de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, como al derecho de participación formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas regionales y nacionales que puedan afectarles. Este decreto se promulgó el 4 de septiembre de 2009 y entró en vigencia tras su publicación en el Diario Oficial el 25 de septiembre del mismo año, a poco más de una semana de que comenzara a regir plenamente el Convenio en Chile.

Sin embargo, el Decreto Supremo N° 124 del año 2009 de MIDEPLAN se aleja gravemente de los objetivos y estándares fijados por el Convenio 169 (al cual debía precisamente apoyar mediante el establecimiento de un procedimiento efectivo de consulta a los pueblos indígenas) pues restringe, a través de diversas disposiciones, los derechos y estándares fijados por éste.

Por lo tanto, al día de hoy el proceso de consulta indígena carece de una regulación clara y adecuada que permita al Estado cumplir con sus obligaciones internacionales. Lo anterior no solo resulta fundamental en cuanto principio básico del derecho, sino que además es un requisito indispensable para que los Pueblos Indígenas y Tribales vean protegidos parte de sus derechos históricamente violentados, y para que el sector empresarial cuente con un mayor grado de certeza y seguridad jurídica al momento de llevar a cabo sus proyectos de inversión. Una regulación del proceso de consulta indígena respetando los parámetros y estándares del Convenio resulta fundamental para responder a las expectativas e inquietudes de estos tres distintos actores y para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile.

Es por ello, en un esfuerzo de entregar elementos que contribuyan a la discusión para la elaboración de un reglamento de consulta indígena, realizaremos un análisis crítico de la Propuesta de Reglamento de Consulta Indígena presentado por el Gobierno



con fecha 8 de agosto de 2012¹, teniendo a la vista la experiencia comparada de Perú² en esta materia, para esbozar lineamientos que sean adecuados a la realidad de nuestro país y que den cumplimiento al Convenio.

Antes de analizar el contenido de la propuesta normativa del Gobierno, es necesario recordar la necesidad de que tal reglamento sea consultado previamente con los pueblos indígenas del país y contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecida en el Convenio. El Convenio N° 169 es un tratado de derechos humanos, y "como tal, es autoejecutable conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución. De este modo, las normas sobre participación que consagra el Convenio forman parte del ordenamiento interno de nuestro país"³, por lo tanto, siendo el reglamento de consulta indígena una medida administrativa que afecta directamente a los pueblos indígenas, resulta esencial efectuar una consulta sobre la consulta que cumpla con los estándares del Convenio. Existe unanimidad en lo que dice relación con la necesidad de que el mecanismo de consulta sea consultado. El modelo puede ser de alta perfección técnica pero aún en ese evento, el primer cuestionamiento que surge es la realización por parte del Estado de una consulta sobre la consulta.

1. Marco normativo y objeto del reglamento propuesto

La Propuesta de Gobierno para una Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena, de conformidad a los Artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la OIT (en adelante "la Propuesta") restringe la consulta, como lo indica la propia nomenclatura utilizada para identificar el reglamento, únicamente a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169. Sin embargo, la consulta es la piedra angular de este instrumento internacional y se encuentra presente a lo largo de todo el texto. De esta forma, la participación y consulta indígena se encuentran en los artículos 2°, 6°, 7°, 15°, 22°, 23°, 27° y 28°, por lo cual posee fundamentos más amplios que solo los señalados en los artículos 6° y 7° del Convenio.

1 Propuesta de Gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° Y 7° del Convenio N° 169 de la OIT. [en línea] <<http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf>> [consulta: 9 octubre 2012].

2 Decreto Supremo No. 001-2012-MC Reglamento de la Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

3 MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile". *Estudios Públicos*, 2011, N° 121, p. 190.

El artículo 1° de la Propuesta, que establece el objeto del reglamento, señala que tendrá por finalidad regular los procesos de consulta indígena por parte de los órganos de la Administración del Estado de acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT. Directamente relacionado con este objeto, el artículo 11° de la Propuesta determina las fuentes del proceso de consulta indígena, señalando que éstas se inspiran en los principios contemplados en el Convenio N° 169. Dicho lo anterior, concluimos que la Propuesta se circunscribe únicamente a lo dispuesto en el Convenio N° 169.

Sin embargo, la consulta a los pueblos indígenas y tribales se encuentra también regulada en otros instrumentos internacionales, los cuales han sido aprobados por Chile y se encuentran vigentes, como es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. En efecto, si bien las declaraciones de Naciones Unidas tienen el valor de recomendaciones y no son una fuente formal de derecho internacional, la Declaración de la ONU es totalmente compatible con el Convenio N° 169 e incluso se refuerzan mutuamente, como lo ha señalado la OIT⁴. Este punto no deja de ser discutible, ya que la Declaración establece que el propósito de las consultas a los pueblos indígenas es lograr su consentimiento previo, libre e informado. En efecto, su artículo 19° dispone:

"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado."

En nuestro caso, Chile suscribió la Declaración por lo que ésta refuerza lo dispuesto en el Convenio N° 169 en su aplicación dentro del territorio nacional, sin embargo, las Declaraciones suscritas por los países tienen el valor de recomendaciones y carecen de la fuerza vinculante de un tratado internacional. A pesar de ello, existen adicionalmente varios tratados internacionales de derechos humanos de carácter general, de los cuales Chile también es parte, y que contienen normas que regulan la consulta o contienen normas en este sentido, tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT*. 2009, p. 5.



Atendido que el artículo 35° del Convenio, que dispone que "la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos internacionales", creemos que tanto el artículo 1° y 11° de la Propuesta (los cuales fijan el marco normativo y las fuentes inspiradoras del reglamento) debiesen contemplar todos los instrumentos y fuentes que desarrollan y fundamentan el deber de consulta y que, por lo demás, son vinculantes y obligatorios para Chile. En este sentido, resultaría adecuado tener a la vista la normativa peruana en la materia, por cuanto el artículo 1.4 del Reglamento de Consulta Previa de Perú, al establecer que el Viceministro de Interculturalidad tomará en consideración la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, da debido cumplimiento al artículo 42° de la Declaración que establece que "los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración".

2. La consulta y los derechos humanos de los pueblos indígenas

Uno de los puntos a destacar de la propuesta, es que añade un concepto innovador de la consulta, en relación al Decreto Supremo N° 124. A diferencia del Decreto Supremo N° 124 que considera la consulta como el medio a través del cual los pueblos indígenas puedan expresar su opinión, el nuevo artículo 2 señala:

"Para los efectos de este reglamento, la consulta es un proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos de beneficio mutuo a través de los mecanismos que este reglamento establece, entre los pueblos indígenas interesados y los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4°."

Si bien consideramos que esta innovación importa un avance importante en cuanto al contenido de dicho concepto, creemos que aún carece de precisión en virtud de los siguientes argumentos:

En primer lugar, si bien la consulta es un proceso, antes que todo constituye un derecho contenido en un tratado internacional de derechos humanos que está establecido en beneficio de los pueblos indígenas, lo cual creemos debiese estar recogido y reconocido en el nuevo reglamento. Respecto a la definición propuesta, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, observa que se asimila el proceso de consulta a una negociación de ventajas mutuas entre sujetos

privados, olvidando que la esencia del derecho a la consulta a los pueblos indígenas se encuentra en los derechos humanos. Agrega que es fundamental ampliar la definición para enfatizar “la esencia de la consulta previa como norma de derecho público, cuyo marco, punto de partida y finalidad son los derechos humanos de los pueblos indígenas y su salvaguarda ante las decisiones estatales”⁵. Es decir, una correcta definición de consulta indígena debiese reconocer que tanto el proceso de consulta como los acuerdos logrados a través de él deben garantizar en todo caso el debido respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, este derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente sus derechos debe ser realizado de forma previa, por lo que creemos que el carácter previo de la consulta debiese incorporarse en la conceptualización de ésta y no únicamente como principio inspirador. El carácter previo es de la esencia de la consulta, por lo que su exclusión disminuye el estándar impuesto por el Convenio. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, ratificó el carácter previo que debe tener la consulta, al enumerar las reglas que ésta debe cumplir para ajustarse a los estándares del Convenio⁶.

5 ANAYA, James. *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento titulado: 'Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo'*. [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/special-reports/comentarios-a-la-propuesta-del-normativa-de-consulta-chile>> [consulta: 4 octubre 2013] párrafo 32.

6 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007., párrafo 134: “la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”.



3. Ámbito de aplicación de la Propuesta

Respecto al ámbito de aplicación la Propuesta, el artículo 4^{o7} es idéntico al cuestionado artículo 4^o del Decreto Supremo N° 124. Nuevamente este artículo excluye a las municipalidades y empresas del Estado de su ámbito de aplicación, mientras que el Convenio N° 169 plantea el derecho a la consulta en sentido genérico respecto de medidas legislativas y administrativas, aplicándolo por ende a los entes colegisladores y a la actividad de todos los órganos integrantes de la administración del Estado (centralizada, descentralizada, concentrada y desconcentrada). En caso que el elemento que determine la aplicación o no de la consulta sea el órgano del cual emana la medida, como sucede actualmente en Chile, se generan diversos problemas.

En primer lugar, se corre el riesgo de dejar fuera diversos órganos que forman parte del Estado, como es el caso de las municipalidades –las cuales son órganos constitucionalmente autónomos– pero que siguen formando parte del Estado.

En segundo lugar, surge un problema con los órganos cuyo estatuto es de derecho privado pero que ejercen función pública, llamada también “la administración invisible”. El profesor Jorge Bermúdez explica respecto a este punto que “la Administración invisible goza de personalidad jurídica, sin embargo esta es de Derecho Privado y no forma parte de la Administración del Estado, sin que pueda considerarse un órgano del Estado”⁸. En virtud del artículo 1^o inciso segundo de la Ley N° 18.575, agrega Bermúdez que:

“Desde la perspectiva del Poder Ejecutivo (Administración Pública), los órganos en que se descompone son aquellos que forman parte de la Administración del Estado, y dentro de éstos no se encuentran las personas jurídicas de Derecho Privado en que el Estado tiene aporte.”⁹.

7 Propuesta Gobierno, “Artículo 4^o.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento: El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, 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. Para los efectos del cumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 1^o precedente, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento.”

8 BERMUDEZ SOTO, Jorge. “Roles del Consejo de Defensa del Estado en la Protección del Medio Ambiente: Acción Ambiental y Recurso de Protección en Materia Ambiental”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, 1999, XX, p. 260.

9 *Ibid.*

Respecto de la administración invisible, ¿procede llevar a cabo la consulta indígena en los términos del Convenio? Resulta particularmente relevante el caso de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), la cual es una corporación de derecho privado pero ejerce funciones públicas. La CONAF no forma parte de la administración del Estado en los términos del inciso segundo artículo 1º de la Ley Nº 18.575¹⁰, ni tampoco se encuentra incluida dentro de los órganos de la administración a los cuales les sería aplicable la nueva propuesta normativa del Gobierno. Siguiendo la lógica del artículo 4º del nuevo reglamento, quedan excluidas de la consulta indígena todas las medidas que adopte CONAF, como puede ser un plan de manejo o por ejemplo un plan para reforestar Rapa Nui, sin embargo, CONAF ejerce potestades públicas por lo que a nuestro entender dicta medidas administrativas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas. Por lo tanto y de acuerdo al artículo 6º Nº 1 letra a) del Convenio, las medidas adoptadas por CONAF debiesen estar sujetas a la consulta indígena.

Dicho lo anterior, creemos que el órgano del cual emana la medida, no debiese ser el factor determinante a la hora de definir la aplicación del nuevo reglamento de consulta, sino que por el contrario, debiese ser la medida propiamente tal la que determine su aplicación o la función pública. En efecto, a nuestro parecer, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º del Convenio, los elementos que determinan la aplicación de la consulta según este instrumento internacional, son tanto la afectación directa a los pueblos indígenas, como la materia, la cual se refiere al tipo de medida que se pretende aplicar, ya sea administrativa o legislativa. En el marco del Convenio Nº 169, creemos que respecto de las medidas administrativas, lo que determina este carácter no es el órgano del cual proviene, sino que la función pública que ejerce. Vale decir, es el ejercicio de potestad y el carácter de función pública lo que determina que una medida sea o no consultada, mas no su origen. Esta visión amplia permite incluir dentro del concepto de medidas administrativas a aquellas que tienen su origen en corporaciones de derecho privado pero que ejercen función pública (como es el caso de la CONAF). A modo de comparación, el

10 A este respecto, Pedro Pierry considera la CONAF como parte integrante de la administración. Explica que "Esta Institución es a nuestro juicio atípica, ya que pensamos que ella se ha transformado en una Institución pública Integrante de la Administración del Estado, a la que el Decreto Ley 701 sobre fomento forestal, modificado por el Decreto Ley 945, entregó atribuciones de Imperio público, como la de aplicar sanciones a los particulares, de tal magnitud que podría afirmarse que la ley elevó a Conaf al rango de persona jurídica de derecho público, incorporándola, por lo tanto, automáticamente, a la Administración del Estado, por haber pertenecido siempre al Estado.

Corroborar lo anterior el Decreto Ley 1.263 sobre Administración Financiera del Estado que Incluye a Conaf entre las instituciones a las que se aplican sus disposiciones, las que integran para sus efectos el 'sector público', que para algunos es sinónimo de 'Administración del Estado'. PIERRY ARRAU, Pedro. "Transformaciones en la Organización Administrativa Del Estado". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, 1982, Nº 6, p. 345 - 346.



artículo 2º del reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, no define taxativamente –como la propuesta chilena– los órganos a los cuales se aplica el reglamento, sino que únicamente establece de forma genérica que se le aplica “a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos [...]”¹¹.

4. Los proyectos de inversión y el deber de consulta

En lo referido al artículo 5º de la Propuesta¹², creemos que dicho artículo incurre en un grave error y aparece como una forma de burlar el derecho de consulta de los pueblos indígenas y las intenciones tras la promulgación del Convenio Nº 169.

En efecto, ninguno de los procesos de participación y consulta contemplados en el marco del sistema de evaluación ambiental cumple con los estándares del Convenio Nº 169. Dichos mecanismos no tienen como finalidad buscar un acuerdo de buena fe y mediante procedimientos culturalmente apropiados con las comunidades indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, sino que simplemente contemplan un mecanismo que busca recoger las observaciones realizadas por la comunidad. Así, según

11 Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, Artículo 2º.- Ámbito de aplicación: “2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27.867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.”.

12 Propuesta de Gobierno, Artículo 5º. Proyectos de inversión. “La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena reconocido en la ley Nº 19.253, en los términos señalados en el artículo 9º del presente reglamento, y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la ley Nº 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Asimismo, cuando algún Proyecto de Inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas nuevas medidas no requerirán ser sometidas a consulta, cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada en los términos del inciso anterior.”.

el artículo 5° propuesto, cualquier proyecto de inversión al remitirse a la Ley N° 19.300 y al reglamento del SEIA, queda excluido de la consulta indígena a la que obliga el Convenio.

El Relator Especial, James Anaya, expresa su preocupación por la laguna que existe respecto de los proyectos de inversión que no requieren ingresar al SEIA, y por la remisión que existe en la Propuesta a los procedimientos de consulta y participación del reglamento del SEIA. En efecto, explica Anaya, que los derechos y procedimientos contemplados en la Ley N° 19.300 y en el reglamento del SEIA:

"Siendo importantes, no contemplan los requisitos de un proceso de consulta acorde a los estándares internacionales aplicables, esto es, un diálogo de buena fe conducente a acuerdos entre los pueblos o comunidades indígenas afectadas y las autoridades que aprobarían el proyecto de inversión o actividad."¹³

Dicha exclusión, es de particular gravedad atendido los impactos significativos que pueden tener los proyectos de inversión y la afectación directa en los pueblos indígenas, y por lo demás, atendida la jurisprudencia que ha fallado aplicando directamente los estándares del Convenio¹⁴, para el titular de un proyecto de inversión será fundamental contar con la certeza previa de que el mecanismo a través del cual se evalúa contemple los estándares del Convenio, a fin de evitar en un futuro ser impugnado por no ajustarse el procedimiento a lo establecido en el Convenio.

El inciso segundo del artículo 5° de la propuesta del Gobierno dispone que cuando algún proyecto de inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas no requerirán ser sometidas a consulta cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada. Este inciso se refiere al caso de que existan medidas administrativas posteriores a la Resolución de Calificación Ambiental, acto administrativo terminal en la evaluación ambiental de un proyecto, sin embargo, la exclusión del deber de consulta indígena de cualquier acto administrativo posterior resulta ser una exclusión arbitraria y antojadiza, atendido lo contemplado

13 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 73.

14 Autoejecutabilidad del Convenio. Caso Machi Francisca Linconao. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, sentencia de 16 de septiembre de 2009, considerando 10° (confirma Corte Suprema con prevención de los ministros Pierry y Araneda). Caso Pepiukelen. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 36-2010, sentencia de 27 de julio de 2010, considerando 9° (confirma Corte Suprema, eliminando la consideración).



por el artículo 6° N° 1 letra a) del Convenio. La consulta debe realizarse cada vez que se contemple una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, toda vez que los estándares del Convenio N° 169 imponen la obligación de someter a consulta todas aquellas nuevas medidas administrativas que requiera un proyecto de inversión para ser ejecutado, no obstante haber sido consultada la medida administrativa que lo autorizó. Habiéndose incorporado el Convenio a nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto siendo ley de la República, se aplica el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemos*, vale decir, donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

Según Juan Carlos Ruiz Molleda, integrante del Instituto de Defensa Legal de Perú, la consulta es un proceso y no un trámite burocrático, por lo que no procede una sola consulta a una medida en particular. En cuanto al número de veces que debiese consultarse a los pueblos indígenas en un proyecto, señala el autor respecto al caso de Perú que:

"Un primer supuesto es cuando cambian sustancial y radicalmente las circunstancias y las premisas en función de las cuales se realizó el proceso de consulta. Aquí se justifica la realización de un nuevo proceso de consulta. El otro supuesto es cuando estamos ante las diferentes etapas del proceso de explotación petrolera o minera. Por ejemplo en este último caso, se necesitan diferentes permisos administrativos para la etapa de exploración y luego para la etapa de explotación."¹⁵

Estos ejemplos sirven para ilustrar casos en que podrían requerirse nuevas medidas administrativas, no obstante estar aprobado el proyecto de inversión, por lo que creemos que el Convenio impone la obligación a los Estados a consultar dichas medidas.

5. Los sujetos de la consulta

Otro punto importante a considerar en el análisis crítico de la propuesta gubernamental es el referido a los sujetos de la consulta indígena. Sin embargo, antes de referirnos a este punto, resulta interesante revisar lo fallado por la Corte Constitucional

15 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: Una mirada constitucional* Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011. [en línea] <<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf>> [consulta: 18 octubre 2012] p. 342.

de Colombia, la cual ha dictado sentencias importantes desarrollando los contenidos constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas. Estos contenidos pueden ser significativos a la hora de desarrollar normativamente el Convenio N° 169 y en la elaboración de políticas públicas. Pues bien, la Corte Constitucional de Colombia determinó que:

"La comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo [sic] se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana."¹⁶.

El Convenio N° 169 de la OIT, junto con establecer como sujeto de los derechos contemplados en dicho cuerpo normativo a los pueblos indígenas (artículo 1° del Convenio), señala que la consulta del Convenio debe realizarse a través de las instituciones representativas de los mismos. Considerando lo anterior, el artículo 8°¹⁷ de la Propuesta define los sujetos de consulta, es decir, a quién debe realizarse la consulta indígena, sin embargo, y aunque creemos que avanza en la dirección correcta al hacerlo, aún existen aspectos que mejorar. Decimos ello, pues al igual que el Decreto Supremo N° 124, la Propuesta reconoce únicamente como sujetos de derecho a organizaciones indígenas de carácter tradicional y a comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas reconocidas conforme a Ley N° 19.253, por lo que al no reconocer como instituciones representativas a aquellas que el mismo pueblo determine, impide una correcta representatividad de los pueblos indígenas.

De acuerdo a la redacción del artículo 8° de la Propuesta, los pueblos indígenas únicamente pueden participar directamente cuando se trate de medidas, planes o programas locales. En caso que se trate de consultas a nivel regional o nacional, el inciso

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. Consideración 3.1. [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm#_ftn3> [consulta: 18 octubre 2012].

17 Propuesta de Gobierno, Artículo 8°. "Sujetos. Los procesos de consulta locales deberán efectuarse a los pueblos interesados, a través de las instituciones representativas que ellos mismos determinen y/o de las comunidades y asociaciones reconocidas en conformidad a la ley N° 19.253. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena proporcionará la información necesaria a fin de lograr la adecuada identificación de estas instituciones. [...]".



segundo del artículo 8° establece que la participación se hará a través de Comisiones Regionales Indígenas y una Comisión Nacional Indígena creadas al efecto, cuya formación y composición son determinadas por el mismo artículo.

Sin embargo, dichas disposiciones se alejan de lo contemplado en el Convenio N° 169, particularmente de lo señalado en su artículo 6° N° 1 a), en el sentido que las consultas a los pueblos indígenas deben realizarse a través de sus instituciones representativas, y en su artículo 5° letra b), que establece que "deberá respetarse la integridad de los valores prácticos e instituciones de esos pueblos". Por consiguiente, la Propuesta no debería realizar distinciones respecto si la medida es local, regional o nacional, debido que la consulta debe hacerse a los pueblos indígenas interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. En otros términos, debería respetarse tanto las instituciones representativas existentes, como las nuevas que decidan crear los pueblos indígenas y no imponer la creación de comisiones a través de las cuales se efectúen las consultas. La organización de los pueblos indígenas debe responder a los procesos internos de cada pueblo y no a comisiones creadas mediante reglamentos. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Saramaka vs. Surinam*, ha fallado que el Estado tiene el deber de consultar, activamente, las comunidades, según sus costumbres y tradiciones y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones¹⁸.

6. Situaciones en que se aplica el deber de consultar y obtener el consentimiento: el criterio de "afectación directa"

La Propuesta innova en lo relativo a lo que se entiende por afectación directa, respecto a lo establecido en el Decreto Supremo N° 124. El concepto de "afectación directa" es esencial a la hora de reglamentar la consulta indígena, atendido a que define el alcance de la consulta del Convenio. El artículo 6° impone el deber a los estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente, por lo tanto, determinar cuándo se entiende que existe una afectación directa a los pueblos indígenas, será un elemento esencial a la hora de definir la procedencia o no del deber de consultar a los pueblos indígenas.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 133.

El artículo 9º de la propuesta¹⁹, dispone que una afectación directa tiene lugar cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas, en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Esta forma de definir la afectación directa se acerca a lo señalado por el Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya en uno de sus informes: "(...) sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad"²⁰. Sin embargo, Anaya agrega a continuación que "una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes"²¹. Esto implica que no solo existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, sino que también cuando se trate de medidas legislativas o administrativas de aplicación general, como podría ser la ley de pesca, ley de fomento forestal o alguna ley sobre concesión, exploración y explotación de recursos mineros, y que afecten de modo diferenciado a los pueblos indígenas.

19 Propuesta de Gobierno, Artículo 9º. Afectación directa. "Para los efectos del presente reglamento se entenderá que existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.

Se entenderá que existe afectación directa especialmente en los siguientes casos:

- a) Reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas. Se entenderá por tales a todo conjunto de personas, que pertenezcan a los pueblos indígenas a que se refiere el artículo 1º de la Ley Nº 19.253, independiente de su forma de organización, que comparten un espacio territorial, en el que interactúan permanentemente, dando origen a un sistema de vida formado por relaciones sociales, económicas y culturales, que eventualmente tienden a generar tradiciones, intereses comunitarios y sentimientos de arraigo.
- b) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico o perteneciente al patrimonio cultural indígena.
- c) Alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas. Dicha alteración se puede manifestar cuando se produzcan: externalidades manifiestas sobre los ecosistemas o el medio físico que sustentan o condicionan el sistema de vida del grupo humano indígena; cambios o modificaciones directas sobre los elementos socioculturales del grupo humano indígena; alteraciones significativas en los recursos naturales utilizados como sustento económico del grupo humano indígena o como cualquier otro uso tradicional fundamental (uso medicinal, religioso, cultural, etc.); alteración significativa en la libre circulación, la conectividad de los grupos humanos indígenas y en los tiempos de desplazamiento; el acceso a los bienes, equipamientos, servicios o infraestructura básica; alteración significativa de la seguridad de la población indígena ya sea por una modificación gravosa de los patrones sociales existentes o el aumento de riesgos físicos asociados; dificultad o impedimento para la manifestación de tradiciones, cultura, intereses comunitarios que afecten los sentimientos de arraigo del grupo humano; alteración significativa en los mecanismos de reproducción cultural; alteración significativa en las formas de organización social tradicional; o alteración significativa de los espacios destinados a la manifestación de sus creencias, mitos, ritos y usos tradicionales."

20 ANAYA, James. *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. [en línea] <http://www.observatoriopolticasocial.org/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Indigenas/2009_indigenas.pdf> [consulta: 4 octubre 2013] p. 16.

21 Ibid.



Es menester tener presente que la afectación directa puede ser negativa o positiva, por lo que en ambos casos debe existir un proceso de consulta. Un ejemplo de afectación directa sería el caso en que el Ministerio de Educación desarrolle un programa de enseñanza del mapudungun para implementarlo como parte de la malla académica de los colegios de ciertas provincias del país. En este escenario estaríamos en presencia de una afectación directa de carácter positivo, la que de todas formas debiese ser consultada a las comunidades indígenas afectadas.

En cuanto al inciso segundo del artículo 9° de la propuesta de reglamento, indica una serie de casos donde existiría especialmente afectación directa. Los casos enumerados en las letras a), b) y c) del artículo 9° en los cuales se entiende que existe especialmente afectación directa, consisten principalmente en reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas; alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico o pertenecientes al patrimonio cultural indígena; y finamente, la alteración de los sistemas de vida y costumbres de grupos indígenas. Al definir estos casos, se tuvo en vista la definición de afectación directa establecida en el borrador del nuevo Reglamento del SEIA, analizado anteriormente, para tener una adecuada concordancia en la materia²².

Para analizar esta disposición, es necesario previamente realizar algunos alcances respecto de su segunda parte. En primer lugar, cuando el artículo 9° señala que existe especialmente afectación directa en el caso de reasentamiento de comunidades o grupos humanos indígenas, es importante recordar, según lo establecido en el artículo 16° N° 2 del Convenio, que en caso de existir desplazamiento o reasentamiento de grupos humanos indígenas, se requiere del consentimiento previo, libre e informado. Es decir, el caso señalado, es un caso en el cual las comunidades indígenas tienen un derecho a veto, por lo que estos ejemplos pueden llevar a restringir los criterios y estándares del Convenio. En segundo lugar, llama la atención la exclusión de los casos de especial afectación directa a los casos en que el proyecto genere riesgos para la salud de la población, efectos adversos sobre los recursos naturales renovables y el valor paisajístico o turístico de una zona, ya que un proyecto que genere efectos sobre la salud de los pueblos indígenas, lógicamente causará una afectación directa a los pueblos indígenas. Finalmente, atendido que los casos contemplados en esta segunda parte corresponden a medidas susceptibles de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, el Relator Especial de Naciones

22 A la fecha de esta revisión este reglamento se encuentra publicado, sometido a un periodo de vacancia legal.

Unidas James Anaya ha recomendado a las autoridades de Gobierno establecer una regla más general, que indique "que toda medida susceptible de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, debe ser consultada previamente"²³. Sin embargo, el elemento determinante para hacer exigible la consulta a las comunidades es la afectación directa y no la relación con un determinado territorio. De la Piedra y Fernández profundizan este punto refiriéndose al caso de Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda²⁴, señalando que:

"La Corte de Apelaciones de Puerto Montt ordenó la paralización de las obras y la exigencia de retrotraer las cosas al estado anterior de su ejecución, debido a que dicho terreno constituiría "territorio indígena" y las comunidades debieron haber sido consultadas. Finalmente, la Corte Suprema si bien confirmó la sentencia, procedió a eliminar los considerandos noveno y décimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones, en todo lo relativo a las tierras y territorios indígenas, limitándose a señalar que la actuación de la empresa afecta el medio ambiente de las comunidades vecinas."²⁵.

No obstante lo anterior, creemos que James Anaya recomienda una regla general, que indique que toda medida susceptible de producir efectos en territorios indígenas o sus cercanías, debe ser consultada previamente atendida la relación particular entre los pueblos indígenas y sus territorios. El territorio constituye para los pueblos indígenas el eje fundamental de su cultura, historia, identidad e incluso de su vida misma, a través del cual se desarrollan en comunidad.

7. La buena fe como principio de la consulta a los pueblos indígenas

El párrafo primero del título III de la propuesta de reglamento, desarrolla los diversos principios orientadores de la consulta, entre los cuales se encuentran: la buena fe, el procedimiento apropiado, el carácter previo, el diálogo genuino, las instituciones representativas y la finalidad de la consulta.

23 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 45.

24 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Recurso de protección. "Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén con Empresa pesquera Los Fiordos Limitada". Causa Rol N° 36-2010.

25 FERNANDEZ, Andrés, y DE LA PIEDRA, Christian. "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias". *Estudios Públicos*, N° 121, 2011, p. 84.



En lo que se refiere a la buena fe, el cual es uno de los principios básicos de la consulta indígena en el Convenio N° 169 de la OIT, el artículo 12^o²⁶ de la Propuesta intenta una definición que adolece de ciertas deficiencias. Creemos que es importante resaltar que la finalidad del proceso de consulta, es lograr un acuerdo entre las partes, para lo cual resulta fundamental que exista una negociación previa. De esta manera, la buena fe no solo implica el respeto a los pueblos indígenas interesados, la entrega de información y el hacerse cargo de las observaciones, sino que también que los órganos del Estado deban analizar detenidamente y valorar la posición de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, velando por la existencia de un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

Sobre esta materia, el artículo 3° letra d) del reglamento de Perú sobre esta materia, agrega a su definición de buena fe otros elementos entre los cuales destacamos "ii) Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado [...]; v) Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta; vi) No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta". De lo señalado, podemos concluir que la buena fe debiese estar encaminada a rechazar todo acto que suponga la manipulación del proceso hacia un resultado determinado, lo cual creemos debiese ser incorporado como requisito dentro de la propuesta.

8. Finalidad de la consulta

Otro punto que merece ser destacado es el referido a la finalidad de la consulta, la cual según el artículo 17° de la Propuesta consiste en llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, sin embargo, si bien la regla general es que la consulta tenga por finalidad lograr un acuerdo con las comunidades indígenas afectadas, sin que la opinión de éstos últimos constituya un poder de veto, en virtud de lo establecido en el Convenio y en la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la jurisprudencia internacional ha señalado que esta regla admite tres

26 Propuesta de Gobierno, Artículo 12. -Buena Fe.- "La consulta debe efectuarse de buena fe, lo que implica respetar los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados, así como entregar toda la información relevante, absolver dudas, hacerse cargo de las observaciones, sea para acogerlas o rechazarlas, y en este último caso, hacerlo fundamentado.

Se entenderá que falta la buena fe especialmente en los siguientes casos:

- a) La ausencia de información o la entrega incompleta de antecedentes para apreciar los alcances de la medida objeto de consulta;
- b) La negativa injustificada a iniciar o continuar el diálogo que implica la consulta imponiendo condiciones;
- c) La ejecución de hechos tendientes a forzar las negociaciones en favor de una u otra parte del proceso de consulta;"

excepciones, en las cuales sí se requiere el consentimiento previo, libre e informado: 1) cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas; 2) cuando estamos ante megaproyectos o proyectos de gran envergadura y finalmente; y 3) cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos.

En efecto, el artículo 16° N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT establece que “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo [sic] deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”, es decir, se trata de un caso en que la finalidad de la consulta es lograr el consentimiento previo de los pueblos indígenas, existiendo un derecho de veto de éstos.

En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, reconoció en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en los pueblos indígenas, señalando al respecto que:

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo [sic] de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”²⁷.

Finalmente, el artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual como ya mencionamos fue suscrita por Chile, dispone que “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Por lo tanto y atendido estas tres excepciones a la regla general, el artículo 17° de la Propuesta debiese incorporar también a la finalidad de la consulta, la de lograr el consentimiento previo en estos casos en que los pueblos indígenas tengan un derecho a veto.

27 Corte IDH. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 134.



9. Medidas legislativas a ser consultadas

El artículo 18° de la Propuesta define las medidas a ser consultadas, estableciendo en el inciso segundo que se entenderá por medidas legislativas "las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley". Esta definición, a nuestro parecer, adolece del mismo vicio que el artículo 14° del Decreto Supremo N° 124 del año 2009 de MIDEPLAN, por cuanto restringe los alcances del proceso de consulta de las medidas legislativas a las etapas iniciales del desarrollo normativo.

Tanto el Relator Especial como la jurisprudencia internacional han insistido en la necesidad que el proceso de consulta se lleve a cabo en todas las etapas del desarrollo normativo. En el año 2009, James Anaya informó que "los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión"²⁸. Lo señalado por el Relator Especial el año 2009 fue reafirmado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Sarayaku vs. Ecuador*, considerando al respecto que "cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas"²⁹.

Es por ello que creemos que la Propuesta debiera contener una definición amplia de medida legislativa que se ajuste a los estándares del Convenio y a lo señalado tanto por el Relator Especial como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de la experiencia comparada, observamos cómo Perú en su reglamento de consulta previa definió de manera amplia el concepto de medida legislativa. En efecto, el artículo 3° letra j) dispone que medidas legislativas son aquellas "normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas". Esta definición genérica no restringe los alcances del proceso de consulta a las etapas iniciales como sí lo hace la Propuesta.

28 RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf> [consulta: 4 octubre 2013] p. 5.

29 Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 181.

10. Medidas administrativas a ser consultadas

La Propuesta define el concepto de medidas administrativas artículo 18° inciso tercero como "aquellos decretos o resoluciones, de efectos generales, que emitan los órganos de la Administración del Estado indicados en el artículo 4°"³⁰. Dicha definición restrictiva resulta a nuestro parecer antojadiza y no tiene fundamento alguno. Según ese concepto, solo deben someterse a proceso de consulta indígena dos tipos de actos administrativos: los decretos y las resoluciones.

La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos de los órganos de la administración del Estado, señala en el artículo 3° inciso tercero que "los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones". La Propuesta tuvo a la vista solo dicha disposición para efectos de definir el concepto de medida administrativa. Sin embargo, el inciso sexto del mismo artículo 3° de la Ley N° 19.880 agrega que "constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias". Por lo tanto, no se entiende la restricción del concepto de medida administrativa a decretos y resoluciones en caso de querer equipararlo a "acto administrativo". De esta forma, se excluyen del proceso de consulta toda medida que provenga de CONAF o incluso de las municipalidades. En efecto, las decisiones municipales se toman bajo la forma de ordenanzas municipales, las cuales tienen el potencial de afectar los pueblos indígenas (como por ejemplo un plan regulador comunal, o algún plan de ordenamiento territorial) y según el criterio de la Propuesta, éstas quedarían fuera del proceso de consulta.

De esta forma, es necesario que la Propuesta contenga una regulación que permita asegurar la consulta de todas las decisiones de la administración del Estado cuando sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. La dictación de un nuevo reglamento que regule la consulta indígena es, asimismo, una buena oportunidad para llenar las lagunas legales existentes en otros cuerpos normativos, como el Código de

30 Recordemos que el artículo 4 de la Propuesta establece lo siguiente:

Artículo 4º.- Órganos a los que se aplica el presente reglamento. "El presente reglamento se aplica a los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, 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. Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta y participación indígena, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento."



Minería, el Código de Aguas y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica, los cuales carecen de normas referentes a la consulta de los pueblos indígenas y que el artículo 15° del Convenio obliga a "establecer o mantener los procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida"³¹.

11. Pertinencia de iniciar el proceso de consulta

Según lo establecido en el artículo 20° de la Propuesta respecto de la pertinencia de iniciar procesos de consulta, el órgano de la administración del Estado al que corresponda la iniciativa legislativa o administrativa, debe evaluar con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta.

Existiendo la posibilidad de afectar directamente a los pueblos indígenas, el órgano administrativo tiene el deber de iniciar el proceso de consulta, por lo cual quien debe determinar la pertinencia de ésta es la propia administración del Estado.

Dicho lo anterior, creemos de todas formas que es necesario completar la norma en el sentido de crear mecanismos e instancias que permitan impugnar tanto administrativamente como en sede judicial la negativa del órgano administrativo de iniciar un proceso de consulta. En este sentido, nos parece que la ley de consulta previa de Perú reúne dichas características por lo que transcribiremos su artículo 9° a continuación:

"Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta.

Las entidades estatales deben identificar bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto

31 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 40.

a determinada medida que considere que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes."

En la norma de la ley de consulta previa de Perú, el órgano administrativo que dicta la medida susceptible de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas, es el encargado de determinar la procedencia del proceso de consulta. En caso de no hacerlo, las instituciones representativas de los pueblos indígenas tienen la posibilidad de solicitarlo ante el órgano técnico respectivo, el cual en el caso chileno sería la CONADI. En caso de negativa, existe la posibilidad de impugnar dicha decisión vía administrativa y por la vía judicial posterior, lo que a nuestro juicio se ajusta a los estándares del Convenio.

12. Los procedimientos de consulta

Al momento de definir el procedimiento mediante el cual se llevará a cabo la consulta a los pueblos indígenas, es fundamental tener presente lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio, en el sentido que la consulta debe realizarse de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto las medidas y, finalmente mediante procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias. Atendido este último punto, el proceso de consulta puede variar según las circunstancias, lo que implica que éste sea un proceso flexible y que la reglamentación deba contener únicamente las etapas mínimas. En efecto, la consulta no responde a la lógica de un proceso rígido y único, sino que por el contrario, es un proceso flexible que se adecua a las circunstancias, y por lo tanto, la reglamentación solo debe establecer reglas mínimas orientadoras. Otro punto importante a tener en consideración al momento de analizar los procedimientos de consulta, es que ésta no consiste en un trámite o requisito que debe cumplir una medida para gozar de legitimidad y legalidad, sino que es un proceso, vale decir, no se agota en una etapa en particular, sino que se desarrolla tanto en la etapa de formulación, aplicación y evaluación de la medida.



Dicho lo anterior corresponde analizar los artículos 21°, 22°, 23° y 24° de la Propuesta, los cuales contemplan los procedimientos de consulta y que no se ajustan a los estándares internacionales.

En primer lugar, observamos como el artículo 22° define plazos máximos de 15 días para cada etapa, existiendo 4 etapas en total, pudiendo la autoridad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta ampliar dicho plazo. Es decir, el plazo en el cual debe realizarse la consulta indígena del Convenio N° 169 es de 60 días, lo que a todas luces resulta insuficiente y replica el plazo de 60 días contemplado en el artículo 29° de la Ley N° 19.300, para la participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental. En el caso del reglamento de consulta previa de Perú, el artículo 24^{o32} establece un plazo máximo de 120 días, lo que supera ampliamente lo contemplado por la norma chilena. No obstante, compartimos lo señalado por Judith Schönsteiner en el sentido que:

"No es apropiado fijar plazos máximos cuando los procesos de consulta se extenderán en cada caso de acuerdo a las características de las medidas a analizar y sus posibles alcances y consecuencias. [...] no parece razonable que sólo [sic] la autoridad estatal pueda ampliar los plazos con razones justificadas y razonables. Los pueblos indígenas deben también tener la posibilidad de solicitar la extensión de los plazos en las etapas del proceso de consulta."³³.

Es decir, siendo el proceso de consulta por definición flexible, de acuerdo al artículo 6° del Convenio que señala que debe hacerse de manera apropiada a las circunstancias, no es correcto que existan plazos máximos, ni menos que los pueblos indígenas no puedan solicitar la ampliación del plazo.

Por otro lado, lo dispuesto en los artículos 21° y 23° dista mucho de cumplir con las finalidades de la Propuesta, esto es, lograr un acuerdo entre las partes a través de un diálogo genuino.

32 Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC: "Artículo 24°. - Plazo máximo del proceso de consulta. El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta".

33 CENTRO DERECHOS HUMANOS, Judith Schönsteiner. *Análisis inicial a la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta a los pueblos indígenas*. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2012/10/comentarios-a-la-propuesta-de-reglamento-centro-de-ddhh-udp-5102012-para-web-1.pdf>> [consulta: 20 noviembre 2012].

En primer lugar, el artículo 21° plantea que el contenido de la consulta se reduce principalmente a la presentación de manera adecuada de la medida que debe ser consultada, otorgándole la posibilidad de formular observaciones a los pueblos indígenas, observaciones que deberán ser tomadas en consideración al momento de adoptar la decisión final. Consideramos que el contenido de la consulta no dista en gran medida de la participación ciudadana contemplada en la Ley N° 19.300, donde según el inciso tercero del artículo 29° de la Ley de Bases de Medio Ambiente dispone al respecto que "El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución". Por consiguiente, una norma que señala que se tomarán en consideración las observaciones de los pueblos indígenas en la decisión final, no puede ajustarse de ninguna manera a los estándares del Convenio, el cual impone el deber de realizar un proceso de diálogo conducente a acuerdos.

En segundo lugar, observa al respecto el Relator Especial James Anaya que "las etapas definidas en el artículo 23° omiten el requisito de una pre-consulta para establecer de común acuerdo entre los órganos de la administración y los pueblos indígenas los procedimientos y contenidos de la consulta"³⁴. En efecto, la primera etapa contemplada en el artículo 23° letra a) considera únicamente la exposición de un plan de consulta cuyo objetivo es determinar la metodología que se usará en el proceso correspondiente, como la definición de los lugares, plazos, participantes, etc. Los pueblos indígenas son excluidos de la discusión sobre las reglas y forma como se llevará a cabo el proceso de consulta de acuerdo a las circunstancias particulares. El artículo 15³⁵ del reglamento de consulta previa adolece del mismo error a nuestro parecer, por lo que esta carencia se solucionaría, según Juan Carlos Ruiz Molleda, acordando en una reunión previa, los aspectos relativos a:

"Los pormenores formales de la consulta, de acuerdo con la opinión del pueblo indígena a ser consultado, en aspectos tales como la fecha, los puntos críticos de la consulta, el nivel de decisión de los participantes, la información necesaria

34 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 40.

35 Reglamento de consulta previa de Perú, Decreto Supremo N° 001-2012-MC: "Artículo 15: Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.

También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento".



y el tiempo requerido para procesarla, los aspectos logísticos y financieros, y cuantos sean necesarios para dar seguridad y eficacia a la consulta."³⁶.

El artículo 23° letra c) de la Propuesta, que regula la etapa de diálogo, se aparta a nuestro juicio del Convenio N° 169 al disponer que:

Si finalizadas estas instancias de diálogo no se logran acuerdos completos entre las partes, el organismo público, procederá a evaluar su decisión de adoptar la medida o desistirse de ella, considerando la importancia de ésta para el interés nacional o bien común.

Creemos necesario recordar antes que todo que la consulta a los pueblos indígenas tiene como marco, punto de partida y finalidad, los derechos humanos de los pueblos indígenas y su protección ante las medidas que adopte el Estado, es decir, el Estado debe consultar a los pueblos indígenas con el fin de poder salvaguardar sus derechos e intereses. Por otro lado, en caso de no llegar a un acuerdo o no requerirse el consentimiento previo, libre e informado, el Estado de todas formas debe velar por el respeto y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por consiguiente deberá adoptar las medidas de mitigación o compensación necesarias. El Relator Especial de Naciones Unidas señala que:

"Todo impacto que imponga una restricción a los derechos humanos debe, como mínimo, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación con el fin público válido, como generalmente exige el derecho internacional de los derechos humanos cuando son permisibles restricciones en materia de derechos humanos."³⁷.

Agrega al respecto que:

"El Estado tiene un deber general de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la consulta previa es una salvaguarda de tales derechos; sin embargo el no arribar a acuerdos no autoriza al Estado hacer

36 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. "Informe Jurídico – La constitucionalidad del Reglamento de la ley de consulta", Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 60, 19 de abril de 2012. [en línea] <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19042012-143556.pdf> [consulta: 20 noviembre 2012].

37 ANAYA, James. Op. Cit., párrafo 40.

caso omiso o restringir los derechos de los pueblos indígenas simplemente en nombre del 'interés nacional' o el 'bien común'. Los derechos humanos forman parte del bien común general, y a la vez constituyen un límite a la soberanía de los Estados.³⁸

Finalmente, observamos que las etapas mínimas contempladas en el artículo 23° de la Propuesta, vale decir, la etapa de planificación del proceso de consulta, la etapa de entrega de información, etapa de diálogo y etapa de sistematización y comunicación de los resultados, son a todas luces insuficientes. La etapa de diálogo queda restringida a una sola reunión donde los pueblos indígenas pueden formular observaciones y propuestas, quedando a criterio del órgano público su adopción o no. Es decir, la etapa de diálogo de la Propuesta dista mucho de ser un diálogo de buena fe, genuino y con miras de lograr un acuerdo después de una negociación entre las partes con el fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

38 Ibid. Párrafo 70.



Conclusión

Como hemos analizado hasta ahora, si bien la Propuesta efectuada por el Gobierno ha significado un avance en ciertas materias, empezando por la forma en que se está elaborando, sometiendo la Propuesta a consulta de los pueblos indígenas (a diferencia de lo ocurrido con el Decreto Supremo N° 124), subsisten serias deficiencias que pueden hacer dudar respecto a las intenciones del Estado de cumplir con sus compromisos internacionales.

Creemos que sería de gran utilidad tener a la vista la experiencia peruana en la materia al momento de reglamentar en Chile, atendido el nivel de desarrollo que ha alcanzado su normativa, sin perjuicio de poder ser perfeccionada.

La regulación de la consulta previa en Perú ha sido bien evaluada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señalando al respecto que:

"La denominada 'Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo', tal como ha sido aprobada por el Congreso de la República de Perú, es coherente con los criterios expuestos arriba, que se basan en una lectura del Convenio No. 169 y de otros instrumentos internacionales aplicables."³⁹

En la misma declaración, el Relator Especial agrega que la ley de consulta previa del Perú "representaba un avance significativo dentro de la legislación nacional en materia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, lo cual podría establecer un precedente importante como 'buena práctica' para otros países de la región y del mundo"⁴⁰.

La elaboración de un nuevo reglamento que regule la consulta previa es una excelente oportunidad para cumplir con los compromisos internacionales asumidos. Dicho reglamento debe tener como objetivo proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y a su vez otorgar mayor certeza jurídica a todos los actores involucrados.

39 ANAYA, James. *Declaración sobre la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas, Perú*. [en línea] <<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/declaracion-sobre-la-ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-peru-7-julio-2010>> [consulta: 26 noviembre 2012].

40 Ibid.

Una normativa seria y completa ayudaría a crear un clima de confianza con los pueblos indígenas, elemento indispensable tanto para el desarrollo de los proyectos de inversión como para los pueblos indígenas. Es por ello creemos que Chile debiese seguir con atención los comentarios y recomendación del Relator Especial, así como la experiencia de Perú en la materia.

