

Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación

La consulta previa indígena (CPI) tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el Convenio 169 de la OIT. Este tratado fue ratificado por Chile y está plenamente vigente.

Las garantías y características de la CPI han sido desarrolladas por diferentes organismos del derecho internacional, particularmente por la propia OIT, el Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conforme a éste, la consulta previa es una obligación del Estado frente a medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas. Dicha obligación alcanza no sólo al poder ejecutivo, sino también al legislativo.

Las consultas deben ser de buena fe, apropiadas a las circunstancias y orientadas a alcanzar el consentimiento de los pueblos concernidos, lo que implica procedimientos, medidas y plazos apropiados para tal fin, y consensuados con los propios pueblos indígenas.

La recepción de esta obligación en la jurisprudencia nacional ha pasado por tres etapas, especialmente respecto de proyectos de inversión en territorios indígenas. En la primera, se buscó asimilar la consulta previa a los procedimientos de participación ciudadana del sistema de evaluación de impacto ambiental. En la segunda, se aceptó el carácter distintivo de la consulta previa, estableciendo la necesidad de generar un procedimiento adecuado al estándar internacional. En la

tercera etapa, la Corte Suprema ha tendido a reenviar los casos a los tribunales ambientales.

Finalmente, la implementación de un procedimiento consensuado con los pueblos indígenas para llevar a cabo las consultas no ha sido fácil. La falta de confianza entre las partes, y los problemas de representatividad han dificultado concordar un procedimiento satisfactorio desde el punto de vista del estándar internacional.

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3164 (Valpo.)

Matías Meza-Lopehandía G.

Es abogado (Universidad de Chile, 2009) y MSc en Derechos Humanos en (*London School of Economics*, Reino Unido, 2013). Sus intereses de investigación son Derecho Internacional Público, Derechos Humanos, y Derecho Constitucional.

E-mail: mmezalopehandia@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3181

Introducción

La institución de la consulta previa indígena tiene su origen y principal desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos. Su consagración normativa más importante está en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sin perjuicio de su reconocimiento en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI, art. 19), y en la jurisprudencia internacional (Aylwin y otros, 2013).

Hasta la fecha de la adopción del Convenio 169 en 1989, el único tratado internacional dirigido de modo específico a los pueblos indígenas era el Convenio 107 de 1957, también de la OIT, instrumento de claro tenor *asimilacionista* (Meza-Lopehandía, 2013). En este sentido, el Convenio 169 significó un cambio de paradigma. Su propio preámbulo indica que su adopción respondió a la necesidad “de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”, de manera de reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico”, y a mantener sus culturas en el marco de los Estados en que habitan.

De esta manera, el Convenio implica un abandono del monoculturalismo subyacente a la construcción del Estado Nación, y un nuevo entendimiento de la diversidad cultural como algo valioso, que debe ser protegido y promovido. Esto requiere que la autoridad, antes de adoptar decisiones públicas, evalúe los efectos de sus decisiones desde la perspectiva de cada una de las culturas que conviven en el país, lo que requiere de un esfuerzo especial, ya que dichos efectos no siempre son visibles desde la perspectiva cultural dominante. En este sentido, la consulta previa indígena busca garantizar los derechos e intereses indígenas frente a cualquier “decisión del Estado que pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad” (NN.UU, 2009: párr. 63).

De ahí que no deba sorprender el énfasis que la OIT ha dado a la implementación de esta institución, calificándola como “la piedra angular del Convenio [169]” (OIT, 2009: p. 731).

A continuación se describe el contenido normativo de la consulta previa en el ordenamiento jurídico chileno. Para ello, primero se revisan sus fuentes en el derecho internacional de los derechos humanos, y luego el modo en que ha sido adoptado en el derecho interno, tanto a nivel reglamentario como en la jurisprudencia, tras su ratificación

(2008) y entrada en plena vigencia (2009). En la tercera parte, se describe el modo en que se adoptó la actual reglamentación general de la consulta previa indígena (CPI), y las críticas de que han sido objeto.

El presente documento ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. El tema que aborda y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados y por el plazo de entrega convenido. No es un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

I. La consulta previa indígena en el derecho internacional de los derechos humanos

La CPI es una institución que emana del principio de participación indígena que cruza transversalmente todo el Convenio (Meza-Lopehandía, 2013). Como se ha señalado, su norma matriz está contenida en el artículo 6° del citado Convenio 169 de la OIT:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Esta disposición establece las principales características del derecho a la consulta. Determina su objeto, el sujeto obligado, el titular del derecho, y las garantías de la misma. A continuación revisaremos su contenido básico, de conformidad a lo señalado por los organismos internacionales y la doctrina.

1. Objeto de la consulta

La disposición citada arriba establece que deben consultarse todas las medidas *legislativas* o

administrativas susceptibles de afectar directamente a los indígenas. Es claro que la norma se refiere a las medidas que adopta el colegislador (ley) y el ejecutivo (actos administrativos). Respecto de la determinación de cuáles de estos actos deben consultarse, el Convenio entrega dos criterios relevantes: (i) la posibilidad de afectación; (ii) el carácter directo de la afectación.

En cuanto a lo primero, del tenor literal de la expresión “susceptibles de afectarles”, se desprende que no se trata de consultar únicamente aquellas medidas respecto de las cuales exista certeza de afectación, sino que procede cada vez que se prevea una medida que *pueda afectar* a los pueblos indígenas, en un contexto de *interculturalidad*. Ahora bien, prácticamente cualquier decisión de gobierno puede cumplir este requisito, en la medida en que los indígenas son parte de la población de un Estado, pero ello no significa que toda decisión deba consultarse (NN.UU, 2009a). Lo decisivo es que la afectación sea específica, es decir, que afecte a los pueblos indígenas de un modo distinto a como afecta al resto de la sociedad (Contesse, 2011). En cualquier caso, como ha advertido el Relator, este criterio no debe confundirse con la exclusividad de afectación. O sea, no es necesario que la medida afecte únicamente a los pueblos indígenas, sino que debe *afectarlos de un modo específico*:

Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas. (NN.UU, 2009: párr. 43)

En segundo lugar, el Convenio exige que la medida afecte de un modo directo a los pueblos interesados, esto es, de manera no remota. Para determinar cuándo se está ante este tipo de afectación, el propio Convenio entrega orientación a través de diversos casos en que exige consulta, aunque debe tenerse presente que no se trata de una lista taxativa, sino que meramente enunciativa (Meza-Lopehandía, 2013). Así, por ejemplo, se establece el deber de consultar antes de autorizar exploración o explotación del subsuelo en territorio indígena (art. 15.2); antes de modificar los modos de adquirir el dominio de la tierra (art. 17); o la organización y funcionamiento de los programas de formación profesional especiales (22); y los programas de educación bilingüe (28).

De la misma manera, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido en diversas ocasiones la importancia de consultar a los pueblos indígenas antes de afectar sus territorios, como cuando éstos son delimitados, cuando se regulan sus derechos territoriales, el derecho a la consulta o los planes de desarrollo e inversión en sus territorios (CIDH, 2010).

2. Sujeto obligado

El encabezado del artículo 6°, dirige su disposición a “los gobiernos”. De esta manera, el sujeto obligado es el Estado, y no los privados interesados en que se adopte tal o cual decisión (por ejemplo, la autorización de un proyecto de inversión). Así lo ha señalado con claridad la propia OIT, al señalar que “la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas.” (OIT, 2005: párr. 6). También el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD, por sus siglas en inglés), se ha pronunciado en un sentido similar, recomendado que el Estado “no delegue su responsabilidad en los procesos de consulta, negociación y compensación en este tipo de situaciones [construcción de hidroeléctrica en territorio indígena] en la tercera parte involucrada, la empresa privada” (CERD, 2010: párr. 14).

Ahora bien, cabe preguntarse, cuál es el alcance de la voz “gobierno”, sobre todo porque su sentido natural es acotado al poder Ejecutivo, pero el Convenio obliga a consultar también las medidas legislativas, lo que podría involucrar también al Congreso Nacional.

En esta materia, el Relator Anaya, al emitir un informe sobre Chile en el contexto de la discusión de la reforma para incluir en la Constitución un reconocimiento a los pueblos indígenas, señaló que “corresponde al mismo Congreso el deber de consultar con los pueblos indígenas del país el proyecto de reforma constitucional en materia indígena” (NN.UU, 2009b: párr. 17). Asimismo, afirmó que esta obligación alcanza al Congreso Nacional respecto de toda medida legislativa, y no sólo en relación con el reconocimiento constitucional señalado (NN.UU, 2009a).

3. El sujeto de la consulta

Uno de los elementos distintivos del Convenio 169 frente a su antecesor, es el reconocimiento de

derechos a los pueblos indígenas en tanto entidades colectivas, y no sólo a los miembros de dichos pueblos en tanto individuos. En consecuencia, quien debe ser consultado es el pueblo indígena susceptible de ser afectado, “a través de sus instituciones representativas”, las cuales son las que el propio pueblo determina. Para la OIT, esta última cuestión es fundamental para la validez de la consulta. Al respecto, ha señalado que “lo importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas” (OIT, 2004: párr: 102). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH en el caso *Saramaka vs. Surinam* (2006): “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” (párr. 19). Esto es relevante, porque la personalidad jurídica de los pueblos indígenas pasa a ser una cuestión autodeterminada, y no definida por ley estatal, lo que a su vez implica un desafío para los propios pueblos indígenas, en orden a establecer con claridad cuales son las organizaciones que los representan frente al Estado, respetando los derechos de participación de sus integrantes, y el principio de igualdad y no discriminación (NN.UU, 2007; 2009b).

Por otra parte, cabe tener presente que, de acuerdo a la OIT (2001; 2004) y al Relator Especial (2009c) no se trata de consultar únicamente a las instituciones más representativas, sino que debe consultarse a todas las autoridades legítimas del pueblo interesado.

4. Las garantías de la consulta previa indígena

Los requisitos que debe cumplir una CPI para facilitar el acomodo de la diversidad cultural al interior del Estado sobre la base del respeto a los derechos de los pueblos indígenas, han sido elaborados y desarrollados por diversos organismos internacionales. Particularmente relevante en esta materia han sido las recomendaciones del Relator Anaya (NN.UU, 2009), las que han sido recogidas tanto por la Corte IDH (*Sarayaku c. Ecuador*, 2012), como por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia del país (cfr. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1920-2012: c. 8°), y enriquecidos por la OIT, en diversos pronunciamientos (entre otros, OIT, 2001; 2004).

Conforme a dicho estándar, la consulta (i) siempre debe ser previa a la toma de decisión que la requiere; (ii) debe llevarse a cabo de buena fe, lo que a su vez, implica que (iii) no se agota en la

mera entrega de información, sino que se trata (iv) de un proceso continuo, (v) llevado a cabo a través de mecanismos adecuados a su finalidad, esto es, (vi) deben estar orientados a alcanzar el consentimiento respecto de la medida propuesta; y (vii) ser consensuados con los pueblos interesados. Por su parte, la adecuación de los procedimientos, supone que recojan los requerimientos de un diálogo intercultural, por ejemplo, bilingüismo, y plazos flexibles y apropiados.

Finalmente, cabe ahondar en la cuestión del consentimiento. Conforme al propio artículo 6°, la finalidad de la CPI es “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” Se trata de un principio orientador del proceso de consulta, y no de un requisito previo para adoptar decisiones públicas. En este sentido, la OIT ha señalado que “la consulta no implica necesariamente que se llegue a un acuerdo en los términos en que los pueblos indígenas lo prefieran” (OIT, 2004: párr. 107). Esta interpretación ha sido recogida por el Tribunal Constitucional chileno (Rol 309-2000), y por la Corte Suprema de Justicia (Rol 4078-2010).

Ahora bien, el propio Relator (NN.UU, 2009a), y la Corte IDH (*Saramaka vs. Surinam*, 2008) han establecido que, bajo ciertas circunstancias, el consentimiento indígena puede ser un requisito previo, antes de adoptar medidas que puedan afectarlos. En particular, en aquellos casos en que dicha medida “implique una denegación de su subsistencia como pueblo” (*Saramaka vs. Surinam*, párr. 124). Así, la Corte IDH ha señalado 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 de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (párr. 134)

Por su parte, el Relator, remitiéndose a la DDPI, ha señalado que el traslado de comunidades indígenas de sus territorios, requiere de su consentimiento previo, libre e informado (NN.UU:2009a). Este requerimiento también está contemplado en el Convenio (art. 16).

II. La recepción de la CPI en el ordenamiento jurídico chileno

La Ley N.º 19.253 de Desarrollo Indígena, de 1993, contempla en el inciso primero del artículo 34 la regla de participación indígena, que estuvo vigente hasta la ratificación del Convenio 169:

Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán *escuchar y considerar* la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley¹. [énfasis añadido]

Como puede apreciarse, la disposición es insuficiente a la luz del estándar de CPI descrito anteriormente, pues no supone un diálogo intercultural orientado a alcanzar el consentimiento de los pueblos interesados respecto de la medida propuesta. En este sentido, el Tribunal Constitucional, al revisar la constitucionalidad del Convenio, estableció que la CPI era una novedad en el ordenamiento jurídico chileno:

La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, N° 1º, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2º del mismo artículo 6º que dice: "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."* (c. 7º) [énfasis añadido]

Si bien en la misma sentencia el TC declaró el artículo 6º del Convenio era auto-ejecutable, o sea, era plenamente exigible y justiciable, su implementación requería de ciertas precisiones, para establecer un procedimiento sistemático, preestablecido y público, como lo ha requerido el Relator Especial (NN.UU, 2009b).

¹ Por su parte, el inciso segundo del mismo artículo establece que, en las comunas de alta densidad indígena, deben adoptarse las medidas para que las organizaciones indígenas estén representadas en la misma medida que otros cuerpos intermedios. Finalmente, el artículo 35 establece que en las áreas silvestres protegidas ubicadas en áreas de desarrollo indígena "se considerará la participación de las comunidades ahí existentes".

A continuación se describe la reglamentación actual de la CPI, a la luz del estándar internacional descrito.

1. Reglamentación común de la CPI

El primer intento de implementación de la CPI se verificó a través de la adopción del Decreto Supremo N.º 124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) de 2009. Éste reglamentaba el citado artículo 34 de la LDI N° 19.253, y fue fuertemente criticado, tanto por no haber sido objeto de un proceso de participación y consulta indígena, como recomienda el derecho internacional (NN.UU, 2009b), como por su contenido. En esta materia, el INDH (2010) manifestó su preocupación por las restricciones que el reglamento impondría respecto de las materias a consultar y los limitados plazos que contemplaba.

Finalmente, la normativa fue derogado por el Decreto Supremo N.º 66 del Ministerio de Desarrollo Social. Su adopción sí fue precedida de un proceso de participación indígena, aunque éste fue impugnado por múltiples organizaciones indígenas, y su contenido también ha sido objeto de críticas (ver tercera parte del informe).

De acuerdo al artículo 1º del reglamento, éste "se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa", siendo facultativa su aplicación a los órganos constitucionalmente autónomos, sin que por ello queden exentos del deber de consulta cuando corresponde (art. 4º).

El artículo 2º del reglamento define la consulta previa siguiendo de cerca el estándar internacional, estableciendo como criterio de oportunidad de la consulta la susceptibilidad de afectación, la adecuación de los procedimientos a la buena fe y a la finalidad de la consulta, esto es, alcanzar el consentimiento.

Ahora bien, al especificar las medidas que han de ser consultadas, se exige que aquellas causen un impacto *significativo*, y que afecten "sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas". Esto podría ser problemático, en la medida en que las normas internacionales no exigen determinada magnitud del impacto para que proceda la consulta, ni tampoco exigen certeza de afectación, sino que la posibilidad de la misma. Además, la consulta procede siempre que puedan afectarse intereses o derechos indígenas, y no sólo los aspectos vinculados a su cultura (Meza-Lopehandía, 2014).

También parece apartarse del estándar internacional la remisión a los criterios establecidos en la LDI para determinar a los miembros de un determinado pueblo indígena (art. 5°), en lugar de reconocerles plena autonomía en la materia.

En cuanto al procedimiento, el reglamento establece cinco etapas: (a) planificación; (b) información y difusión; (c) deliberación interna; (d) diálogo para alcanzar acuerdos; y (e) sistematización, comunicación resultados y final (art. 16).

La primera etapa contempla un mínimo de tres reuniones, las que deben incluir un tiempo para la entrega de información básica sobre la medida a consultar y acordar una metodología, roles y funciones.

De conformidad a lo que se acuerde en relación con la metodología, debe entregarse información completa y oportuna, de un modo culturalmente apropiado, en lengua indígena cuando corresponda, y siempre debe exponerse la justificación de la medida, su naturaleza, alcance e implicancias.

La etapa de deliberación interna busca permitir que las organizaciones indígenas “analicen, estudien y determinen sus posiciones mediante el debate y consenso interno respecto de la medida a consultar, de manera que puedan intervenir y preparar la etapa de diálogo” (art. 16 letra c).

En la siguiente etapa se intercambian posiciones y argumentos. Con la finalidad de alcanzar un acuerdo, se pueden llevar a cabo todas las reuniones que se juzguen necesarias. Los acuerdos que se alcancen, y también los desacuerdos deben quedar consignados en la respectiva acta.

Finalmente, la etapa de sistematización y comunicación de los resultados pone fin al proceso.

En cuanto a los plazos, el reglamento establece un término de 25 días hábiles para cada etapa para medidas legislativas, y 20 para las administrativas. Esto, sin perjuicio de la facultad para modificarlos en la etapa de planificación, de común acuerdo y por motivos justificados.

2. Reglamentación de la CPI en materia ambiental

En enero de 2010 fue publicada la Ley N° 20.417 que modificó la Ley N.º 19.300 “Sobre Bases Generales del Medio Ambiente”, lo que requirió

que se dictara un nuevo reglamento para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La participación indígena en la elaboración de este reglamento se limitó a los miembros indígenas del Consejo Nacional de CONADI (MMA, s/f). El proceso, además de haber sido objeto de críticas por parte de las organizaciones indígenas, recibió observaciones del Relator Anaya (Meza-Lopehandía, 2014; NN.UU, 2012).

En cuanto a su contenido, el reglamento determina que sólo deben consultarse aquellos proyectos que ingresen al sistema de evaluación ambiental mediante estudio de impacto ambiental, o sea, aquellos de mayor impacto (art. 85). El procedimiento aplicable es el establecido en el DS N.º 66, de conformidad a su artículo 8, aunque los plazos deben ajustarse a los de la normativa ambiental.

3. Recepción jurisprudencial*

La cuestión de la procedencia de consulta previa ha sido conocida por los tribunales de justicia, fundamentalmente, a partir de conflictos enmarcados en el sistema de evaluación de impacto ambiental. En esta materia, la jurisprudencia ha pasado por tres etapas, las que se describen a continuación.

En un comienzo, y contradiciendo lo señalado por el TC, la Corte Suprema entendió que la consulta previa indígena era equivalente a la participación ciudadana contemplada en la legislación ambiental, por lo que no requería de un procedimiento distinto de aquella, y sólo procedía frente a proyectos de magnitud suficiente para requerir dicha participación en el marco del sistema de evaluación ambiental (por todas, Corte Suprema rol 1.525-2010). Esta interpretación fue dominante durante los primeros años de vigencia del Convenio.

La segunda etapa, en la que la Corte Suprema se alinea con la doctrina del Tribunal Constitucional, entendiendo que la consulta previa es una institución nueva y distinguible en el ordenamiento jurídico chileno, tiene su primer hito en la sentencia del caso “Parque Eólico de Chiloé” (rol 10.090-2011), para luego ser confirmada en los casos “Paguanta” (rol 11.040-2011) y “Plan Regulador de San Pedro de Atacama” (258-2011), aunque con algunos reveses (rol 16817-2013 y 1515-2014).

* Este apartado se basa en el artículo “La consulta previa indígena en los tribunales chilenos” (2015), sin publicar, del autor de este informe.

Finalmente, con la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales, la Corte Suprema ha evitado pronunciarse sobre la procedencia de la consulta previa indígena, remitiendo la decisión sobre el fondo a los señalados tribunales (por todas, 17120-2013). Ahora bien, esta doctrina ha sido atenuada por el caso El Morro (rol 11.299-2014), en la que la Corte indicó que aunque la sede natural para conocer el asunto eran los tribunales ambientales, señaló que ella sí tenía competencia cuando “se vislumbra la necesidad de adoptar alguna medida cautelar de carácter urgente” (c. 9°).

III. Implementación práctica: la consulta sobre la consulta

Desde la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, se han llevado a cabo numerosos procesos de consulta previa a lo largo del país. Algunos de ellos han tenido un alcance limitado geográficamente, y otros han tenido carácter nacional. Estos últimos, se han referido principalmente a la implementación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, tales como las consultas impulsadas para acordar la reglamentación de la CPI (2009, 2011 y 2012), aquella relativa a la reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas (2011), la que se refería a la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas (2009), o más recientemente, la referida a la creación del Ministerio de (las) Cultura(s) (2014). Las de alcance local, se han referido principalmente a proyectos de inversión, muchas de las cuales han derivado en procesos judiciales (Barros y Schönsteiner, 2014).

A continuación se describirá el último proceso de “consulta sobre la consulta”, esto es, la instancia de diálogo para alcanzar un acuerdo entre las organizaciones indígenas y el Estado, en torno al procedimiento aplicable a las consultas.

En septiembre de 2011, el Gobierno convocó a una consulta que debía abarcar tres temas clave: el procedimiento de consulta previa, el reconocimiento constitucional, y la institucionalidad indígena. La imposibilidad de avanzar en dicho proceso, motivó al gobierno a separar los temas, promoviendo ahora un Gran Encuentro de los Pueblos Indígenas para abordar la cuestión de la consulta, a partir de una propuesta elaborada por el propio gobierno, y donde estaban convocados todo el que quisiera participar (Barros y Schönsteiner, 2014). Tras el retiro de un número significativo de representantes indígenas, el proceso se recondujo a una Mesa de Consenso, donde participó la Coordinadora Nacional Indígenas, liderada por

uno de los consejeros indígenas de CONADI (Meza-Lopehandía, 2014).

El gobierno sostuvo que el proceso fue altamente participativo, involucrando a más de cinco mil indígenas, y cumpliendo con el estándar internacional (Meza-Lopehandía, 2014). En su informe final, sostuvo que se había firmado un protocolo donde los representantes indígenas señalaban que habían alcanzado acuerdo en el 80% de los temas, aunque no se se llegó a un consenso en torno a la definición de la afectación directa, ni sobre las medidas a consultar ((Barros y Schönsteiner, 2014).

Las organizaciones y dirigentes participantes, además de señalar la falta de acuerdo en los aspectos críticos señalados, objetaron que se excluyeran los proyectos de inversión del ámbito de aplicabilidad del reglamento, y su derivación al reglamento del SEIA, en el cual sólo habían participado algunos consejeros indígenas de CONADI. Es más, en un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas organizado por los participantes al culminar el proceso, se acordó presentar una reclamación ante la OIT para denunciar al gobierno por restringir el alcance de la consulta, particularmente:

- (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. (INDH, 2013:10)

De acuerdo a Barros y Schönsteiner (2014), el proceso adoleció de varios problemas. En primer lugar, no se adoptaron medidas adecuadas para subsanar el clima de desconfianza que históricamente ha contaminado las relaciones entre el Estado y los Pueblos indígenas, cuestión que ha sido objeto de recomendaciones internacionales.

Por otra parte, la Mesa de Consenso, que debía dotar de legitimidad desde el mundo indígena a la instancia, careció de representatividad y participación suficiente. De hecho, algunas organizaciones denunciaron no haber sido

invitadas, y otras se sustrajeron del proceso, incluyendo a tres cuartas partes de los miembros indígenas del Consejo Nacional de CONADI.

Otros representantes indígenas denunciaron que sus propuestas no fueron consideradas, o que los acuerdos fueron adoptados de manera irregular, al no contar con la ratificación de las asambleas de sus comunidades.

Estas dificultades en la forma en que se adoptó el reglamento que regula la consulta, se tradujeron en un problema de fondo, dada la especial naturaleza de la institución de la consulta previa, donde el acuerdo y la buena fe son parte sustantiva del estándar. Por ello, no debe extrañar la preocupación que manifestó el CCPR ante el sexto informe periódico que presentara Chile ante esa instancia en 2014:

10. Si bien reconoce las medidas adoptadas por el Estado parte, al Comité le sigue preocupando que los pueblos indígenas no sean consultados previamente en el proceso de adopción de decisiones respecto de cuestiones que afectan a sus derechos y que todavía no se haya establecido un mecanismo efectivo de consulta y participación indígena, de acuerdo a las normas internacionales. [...]

El Comité recomienda al Estado parte que:

[...] (c) se establezca un mecanismo efectivo de consulta y que éste se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos, en particular debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas;...(termina con punto y coma?

Referencias

- Aylwin, J., Meza-Lopehandía, M. y Yáñez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones.
- Barros, A., Schönsteiner, J. (2014). Debida diligencia: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos. En: *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*. Universidad Diego Portales ediciones.
- Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR). (2005). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR): *Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia* (ratificación: 1991).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). (2010) *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Panamá*. CERD/C/PAN/CO/15-20. Disponible en: <http://bcn.cl/1txa9> (enero, 2016).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Disponible en: <http://bcn.cl/1tx9l> (enero, 2016).
- Contesse, J. (2012). El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile, 2011. En: Jorge Contesse (ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Gobierno de Chile. (2013). *Informe de Trabajo Mesa de Consenso. Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT*. Disponible en: <http://bcn.cl/1tyqn> (enero, 2016).
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2010). Informe anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile: Disponible en: <http://bcn.cl/1p0dk> (enero, 2016).
- (2013). *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*. Disponible en: <http://bcn.cl/1tyqr> (enero, 2016).
- Meza-Lopehandía, M. (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los pueblos indígenas. En: José Aylwin y otros. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Lom ediciones.
- Meza-Lopehandía, M., Yáñez Nancy, Silva, H. (2014). El derecho a la consulta y su incorporación en el sistema jurídico chileno. En: Observatorio Ciudadano. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Santiago: IWGIA.
- Ministerio del Medio Ambiente (MMA). (s/f). *Informe Final Proceso de consulta indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de apoyo para la Evaluación del alternaciones significativas sobre pueblos originarios*. [pdf]
- Naciones Unidas (NN.UU). (2007). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. A/HRC/6/15.
- (2009a). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009*. Disponible en: <http://bcn.cl/1tx4k> (enero, 2016).

- (2009b). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6.* Disponible en: <http://bcn.cl/1ty6m> (enero, 2016).

- (2009c). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, 5 de octubre de 2009c.*

- (2013). *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.* Disponible en: <http://bcn.cl/1bobk> (enero, 2016)

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2001). *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS).* Disponible en: <http://bcn.cl/1txfg> (enero, 2016).

- (2004). *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM), el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) y el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), 289a reunión, GB.289/17/3, 2004*