



La consulta previa indígena en el Congreso Nacional

Estándar internacional y procedimiento de consulta en Chile

Autor

Jaime Rojas Castillo.
Email: jrojas@bcn.cl
Anexo: 3131

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado.

Nº SUP: 138883

Resumen

La consulta previa indígena es una obligación estatal que tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos. Su objeto es propiciar un diálogo intercultural para permitir la participación indígena y la protección de sus derechos e intereses, e implica, entre otras cosas, consultar cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectar a pueblos indígenas, con la finalidad de alcanzar un acuerdo.

De acuerdo al desarrollo de los estándares internacionales, la obligación de la consulta previa respecto de las medidas legislativas exige consultar aquellos proyectos de ley que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas en su calidad de tales, obligación que también recae sobre el Legislativo. En el mismo sentido apuntan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas.

A diferencia del Ejecutivo, el Legislativo no cuenta con un mecanismo establecido para llevar a cabo las consultas que correspondan a iniciativas legislativas originadas en mociones parlamentarias. El procedimiento del Ejecutivo, que contempla cinco etapas para facilitar el diálogo orientado a alcanzar un acuerdo con los pueblos concernidos, procede respecto de proyectos de ley y de reforma constitucional, y debe realizarse antes de enviar el respectivo mensaje al Congreso Nacional. Se diferencia de aquel aplicado respecto de la consulta de materias administrativas en el plazo para ejecutar cada una de las etapas.

El año 2013 se constituyó una Comisión Bicameral del Congreso Nacional Encargada de implementar un mecanismo de consulta a pueblos originarios contemplada en el Convenio 169.

Introducción

Este documento en respuesta al Oficio DH/080/23 de 5 de julio de 2023, de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, se refiere a la procedencia de la consulta previa indígena respecto de los proyectos de ley.

Este informe extracta contenidos y complementa el informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, “Consulta Previa Indígena y Congreso Nacional. Estándar internacional y procedimiento de consulta en Chile” (2018), el que a su vez refunde, adapta y actualiza, diversos informes BCN sobre la materia.

Para ello el documento en primer lugar aborda el tratamiento de la consulta previa indígena como obligación emanada del derecho internacional, como mecanismo de diálogo intercultural y las medidas legislativas como objeto de la consulta. Luego, en el segundo apartado se analiza el rol del Congreso Nacional como órgano obligado a realizar la consulta y finalmente, en la tercera parte, se analiza el procedimiento de consulta previa indígena aplicable a las consultas impulsadas por el Ejecutivo.

En la elaboración de este informe, se recurrió al texto del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante también “el Convenio”), a las opiniones del Comité de Expertos de la propia OIT, a las opiniones del Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y a la doctrina académica. También se incorporan los criterios del Tribunal Constitucional chileno y la práctica desplegada por el Ejecutivo en la materia.

I. Consulta previa indígena: Origen, naturaleza y obligación internacional

1. Origen y naturaleza

La consulta previa indígena, en tanto obligación estatal, tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por Chile en 2008. Por ello, se afirma que sus estándares vienen definidos desde el derecho internacional¹.

Además, la consulta previa está contemplada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y a nivel regional en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, ambas firmadas por el Estado.

Tanto el Comité de Expertos de la OIT como el Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas han elaborado informes y recomendaciones en torno a los requisitos y características de la consulta previa indígena², los cuales han sido recogidos por la Corte Interamericana

¹ En este sentido, Montt y Matta, (2011); referido a la jurisprudencia interamericana, Fuenzalida (2008).

² Naciones Unidas, 2009a y 2009c.

de Derechos Humanos, refiriéndose expresamente a su naturaleza de: (i) carácter previo; (ii) buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; (iii) adecuada y accesible; y (iv) ser informada³.

El Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, al referirse a qué medidas deben consultarse, ha señalado que son aquellas que pueden “afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”⁴. Por ello, se afirma que la consulta previa indígena sería una obligación estatal vinculada al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en dos sentidos. Primero, como forma especial de participación política, y segundo, como mecanismo para proteger derechos e intereses indígenas en un contexto de interculturalidad⁵.

Al respecto la Corte IDH, junto con señalar que la consulta está hoy claramente reconocida, agrega que:

“La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). [...] De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas”⁶.

De acuerdo al Tribunal Constitucional chileno, la consulta previa es una forma específica de participación, distinta de otras contempladas en el ordenamiento jurídico chileno⁷. De esta manera, se trataría de un mecanismo para “asegurar la intervención de los pueblos indígenas en las medidas estatales que los afecten de manera directa”⁸.

³ Cfr. Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No 245, especialmente, B.5 Aplicación del derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku en este caso, párr. 177-211.

⁴ NN.UU, 2009a: párr. 43.

⁵ Meza-Lopehandía, (2016).

⁶ Corte IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, cit., párr. 165-166.

⁷ El Tribunal Constitucional sostuvo al respecto que la idea “que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación [...] 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”. Dicha diferencia radicaría en que la consulta previa indígena “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’” (Rol 309:c7). Aunque en la misma sentencia, el Tribunal se contradice al señalar que la consulta previa ya está contemplada en la participación ciudadana del sistema de evaluación de impacto ambiental y a la obligación estatal de escuchar a las organizaciones indígenas de la Ley de Desarrollo indígena (c. 70º), esta contradicción se ha ido superando en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema (Meza-Lopehandía, 2016) y del propio Tribunal Constitucional (cfr. rol 2387-12: c. 24º)

⁸ Montt y Matta, 2011: 189.

2. La obligación de realizar consulta indígena como mecanismo de diálogo intercultural

El artículo 6 del Convenio 169 es la norma matriz o “paraguas” de la consulta previa indígena. Esta dispone:

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 propuestas⁹.

Según la disposición transcrita, la consulta debe verificarse *en forma previa* a la adopción de una decisión que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas y debe verificarse a través de “procedimientos apropiados”. El carácter previo está fuera de discusión, y ha sido afirmado por la OIT, el Relator y la Corte IDH¹⁰. El carácter previo de la consulta es recogido tanto por la Declaración de las Naciones Unidas¹¹ como la Declaración Americana¹² sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En cuanto a los procedimientos adecuados, la OIT ha señalado que esto “debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”¹³. En otras palabras, el procedimiento debe estar organizado para la negociación intercultural, en palabras de la OIT, debe permitir “instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”¹⁴. En este sentido, de acuerdo al Relator Especial, la consulta no se agota con “meros trámites de audiencia o de información”, sino que requiere un mecanismo de diálogo genuino, que permita alcanzar un acuerdo¹⁵.

En relación con el rol del Congreso, el Relator Especial, citando lo señalado por la propia OIT ha señalado que:

[...] en el caso de la reforma constitucional mexicana de 2001 en materia indígena, un Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT señaló que las “audiencias ante el Congreso”,

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ Por todos, véase Corte IDH, 2012: párr. 181.

¹¹ “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.” (artículo 19, énfasis añadido).

¹² “2. 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” (artículo XXII.2, énfasis añadido).

¹³ OIT, 2004: párr. 88.

¹⁴ OIT, 2004: párr. 94.

¹⁵ NN.UU, 2009c: párr. 21.

si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas “se expresaran”, dichas audiencias no constituyeron “consultas sistemáticas con organizaciones...representativas”¹⁶.

3. Las medidas legislativas como objeto de consulta previa

El artículo 6.1 del Convenio, citado en párrafos anteriores, establece que la consulta procede cada vez que se prevean medidas legislativas, esto es, respecto de nuevas leyes que se pretendan adoptar y que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios¹⁷. Sin embargo, la disposición citada no precisa si se trata sólo de aquellas medidas de carácter infra constitucional o si comprende también las reformas constitucionales.

Pero ¿qué es, concretamente, lo que debe ser consultado? En primer lugar, se debe tener presente que la consulta debe realizarse en forma previa a la adopción de la medida, es decir, antes de la aprobación de la ley¹⁸. Al respecto, el Relator Especial ha sostenido que “[e]l carácter previo de la consulta exige que la nueva medida legislativa objeto de la consulta a los pueblos indígenas sea consultada en las fases previas a su tramitación parlamentaria”¹⁹. Asimismo, el Relator ha señalado que:

En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, 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.²⁰

¹⁶ NN.UU, 2009c: párr. 22.

¹⁷ Al año 2022, según el estudio hecho por Donoso y Núñez, sólo se han publicado tres leyes en que se ha realizado la consulta previa indígena (llevadas a cabo por el Ejecutivo). Se trata de la Leyes N° 20.488, que Prorroga y modifica a la Ley de Fomento Forestal; N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; y N° 21.451, que Modifica la Ley N° 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua. Cfr. Donoso y Núñez, 2022: 83.

¹⁸ “Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica ‘que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso’” (NN.UU. 2009c:18).

¹⁹ NN.UU, 2009c: párr. 57.

²⁰ NN.UU, 2009c: párr. 20. [Énfasis añadido].

Las recomendaciones del Relator Especial han sido recogidas por el Ejecutivo chileno, el que ha consultado ante-proyectos, es decir, antes de ser ingresarlos al Congreso Nacional,²¹ e incluso antes de presentar indicaciones a proyectos en tramitación legislativa²².

En segundo lugar, se debe hacer presente, tal como lo ha sostenido el Relator Especial, que no todos los proyectos de ley deben ser consultados, puesto que “sería irrealista” consultar “literalmente” toda medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas “ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar[los] de una u otra manera”²³.

Para determinar qué proyectos deben ser consultados, el Convenio entrega dos criterios: (i) la eventualidad de la afectación (“susceptibilidad de afectación”); y (ii) que la afectación sea directa, esto es, que no sea remota. En cuanto al primer criterio, se ha señalado que basta con que sea posible un impacto sobre los derechos o intereses indígenas, sin que sea exigible la certeza de su afectación, pues es justamente la opacidad relativa entre las culturas, la que hace necesaria la consulta previa²⁴.

A los criterios anteriores, el Relator Especial agrega un tercero: (iii) la especificidad de la afectación, es decir, debe tratarse de una afectación que impacte de manera diferenciada a los pueblos indígenas. Con todo, el propio Relator ha advertido que esto no debe confundirse con exclusividad de afectación, o sea, un proyecto de ley “puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales”, como cuando se refiere a la tierra o recursos naturales²⁵, a la pesca o al fomento forestal²⁶. Dicho de otro modo, la consulta procedería cada vez que un proyecto de ley sea susceptible de impactar los intereses de los pueblos indígenas.

En cuanto al tipo de medidas legislativas que deben ser consultadas, el Convenio sólo hace referencia a la adopción de medidas legislativas, sin distinguir. Sin embargo, tanto la OIT²⁷ como el Relator Especial²⁸, han señalado que las reformas constitucionales también deben ser consultadas.

²¹ Cfr. proyecto de ley que crea un Ministerio de Pueblos Indígenas y otros organismos estatales, boletín 10.687-06; el que crea un Consejo Nacional y varios Consejos de Pueblos Indígenas, boletín N° 10.526-06; el que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, boletín N° 8938-24; el que modifica la ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el sentido que indica, boletín n° 14610-06.

²² Cfr. Proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas Región del Libertador General Bernardo O’Higgins, boletín N° 9404-12 (BCN, 2018a).

²³ NN.UU, 2009: párr. 43.

²⁴ López y Mohor, (2014). En este sentido, los ministros Carmona y García del Tribunal Constitucional en su voto disidente en la sentencia que revisó la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, señalaron que no podría desecharse la consulta previa sobre la base de una opinión *a priori* sobre sus efectos, pues de lo contrario “la consulta pierd[e] sentido, por existir un prejuicio afinado” (voto disidente Rol 1988-2011:c. 14).

²⁵ NN.UU, 2009: párr. 43.

²⁶ Comentario Relator... (2012).

²⁷ “83. Las reformas constitucionales referidas constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio, el cual estaba en vigor en México en el momento en que el proceso comenzó”, (OIT, 2004: párr. 83).

²⁸ Si bien el artículo 6 del Convenio 169 establece el deber genérico de los Estados en relación con las ‘medidas legislativas...susceptibles de afectarles directamente’, debe entenderse que dichas medidas legislativas incluyen también los procesos de elaboración o reformas de normas constitucionales” (NNUU, 2009c: párr.8).

Respecto de las mociones como de las indicaciones, la consulta previa en el ámbito del Congreso Nacional, es una cuestión pendiente, en razón que sólo está regulado en el ámbito del ejecutivo, aspecto que se analizará más adelante.

Ahora bien, puede suceder que durante la tramitación de una moción parlamentaria el Ejecutivo realice la consulta previa indígena antes presentar un Mensaje sobre la misma materia. Así, ocurrió por ejemplo, durante la tramitación de las iniciativas parlamentarias (boletines N°s. 11407-07, 10788-06 y 10787-06) cuya finalidad era derogar los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, los que fueron recogidos por el Mensaje (Boletín 14610-06)²⁹ que previo a su presentación al Congreso realizó la consulta previa indígena.

Con todo, Donoso y Núñez destacan que no se debe olvidar que el ejecutivo no puede invadir la autonomía parlamentaria³⁰. Según dichos autores, en el proceso de incorporación del estándar de la consulta previa en el proceso legislativo, se advierten tres cuestiones problemáticas, a saber: (i) la percepción de medidas legislativas inconsultas; (ii) la ausencia de garantías de cumplimiento del deber de consulta; y (iii) la indeterminación de las medidas consultadas³¹. Estos autores, sostienen, por ejemplo, que es llamativo que proyectos emblemáticos de reforma constitucional susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, como la que dio origen a los escaños reservados en la Convención Constitucional, no hayan sido sometidos a consulta y sólo se haya contemplado su participación a nivel de las Cámaras.

II. El Congreso Nacional como organismo eventual obligado a la consulta previa

El Convenio en su artículo 6 establece que al aplicar sus disposiciones “*los gobiernos deberán [...] consultar*”, lo que daría a entender que sería el poder Ejecutivo quien debería ejecutar la consulta previa indígena. En este mismo sentido, la Directora de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT en el 2010, señaló ante la Comisión de Constitución del H. Senado, que la voz “*gobiernos*” se refiere al Ejecutivo, aunque es deseable que el órgano legislativo también lleve a cabo consultas, pero que esta exigencia estaba dirigida al órgano Ejecutivo en cuanto tal³².

Sin embargo, el Relator Especial ha sostenido que la obligación internacional de consultar previamente las medidas legislativas no se agota en el poder Ejecutivo, sino que alcanza también al Congreso Nacional³³. Asimismo, la Corte IDH ha sostenido que “conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, [...] dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo”³⁴.

Esta postura sería también sostenida por el Tribunal Constitucional chileno. En su sentencia Rol N° 309 de 2000 señaló que entiende que la norma del artículo 6.1, letra a, “tiene carácter de autoajustable o de

²⁹ Que dio lugar a la Ley N° 21.451.

³⁰ Donoso y Núñez, 2022, 81-82.

³¹ Ídem, 84-86.

³² Ídem, 82.

³³ Refiriéndose a reformas constitucionales (NN.UU, 2009.a:párr. 8). Además, indicó que sus recomendaciones respecto de la reforma constitucional podrían ser aplicables a la consulta de medidas legislativas (NN.UU, 2009b:párr. 13).

³⁴ Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, párr. 26.

aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada” por ello el Convenio habría modificado el artículo 22 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional porque: (i) convertiría en obligatoria la facultad de las comisiones legislativas para oír a personas o instituciones durante el procedimiento legislativo, o bien (ii) por “introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley [la consulta previa indígena]”³⁵.

Siguiendo el estándar internacional descrito, se puede sostener que la primera alternativa debería ser desechada, puesto que la mera audiencia no constituye consulta previa, aunque el Tribunal ha insistido en la plausibilidad de dicha interpretación³⁶. Más recientemente, en el año 2013, el propio Tribunal Constitucional ha recordado al propio Congreso “la necesidad de que no se dilate, (...) regular apropiadamente este procedimiento de consulta”³⁷, reconociendo de esta forma que existe la obligación y requiere de un procedimiento distinto al de las audiencias de las comisiones legislativas.

La idea de que el Congreso Nacional tiene el deber de consultar previamente las iniciativas legislativas parlamentarias, puede ser armónica tanto con los principios del derecho internacional como con el nacional. Por un lado, en el derecho internacional de tratados, está prohibido invocar el derecho interno para descargar las responsabilidades internacionales³⁸. Siendo así, no podría alegarse que es el poder Ejecutivo el que tiene la obligación de consultar en el derecho chileno y no el poder legislativo.

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho interno, existe la obligación de consulta previa emanada del propio Convenio, y el principio de separación de poderes prohíbe al Ejecutivo inmiscuirse en la iniciativa legislativa del Congreso, por eso sería éste el llamado a regularla y ejecutarla. En este sentido, los ministros del Tribunal Constitucional Bertelsen, Venegas y Aróstica, lo señalaron en su voto concurrente de la sentencia Rol 2387-2013, que declaró la obligación de regular la consulta previa en el Congreso:

Que, como efecto natural de dicha sentencia [rol 1055], mientras no se modifique la Ley Orgánica Constitucional del Congreso para prever formalmente el deber de consulta que, que [sic] por efecto de su carácter autoejecutable ya se ha incorporado a ella en virtud del Convenio, y se adapten los reglamentos de las Cámaras, corresponde al Congreso Nacional, en uso de sus atribuciones propias, determinar qué asuntos legislativos deben ser calificados como medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a algún pueblo originario, en las cuales, al tenor del acápite 1 del artículo 6 del Convenio, deberá consultar a los pueblos interesados, y fijar, para ello, los procedimientos apropiados... en particular a través de sus organizaciones representativas³⁹.

Sobre este particular, en el año 2013 se constituyó una Comisión Bicameral del Congreso Nacional Encargada de implementar un mecanismo de consulta a los pueblos originarios contemplada en el

³⁵ TC. Rol 309-2000.

³⁶ Rol 1050-2008:c.16°.

³⁷ Rol 2387-2013:c.22°.

³⁸ “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” (Artículo 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969).

³⁹ Rol 2387-2013: considerando 6 voto concurrente.

Convenio 169. Revisada la página web del Senado a julio de 2023, se constató que la última sesión se realizó en el año 2016⁴⁰.

III. Procedimiento de consulta previa indígena por parte del Ejecutivo

El ordenamiento jurídico vigente, como ya se ha dicho, no contempla un procedimiento para llevar a cabo la consulta previa tratándose de las iniciativas legislativas parlamentarias.

Sin perjuicio de ello, existe una regulación aplicable “a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”⁴¹, siendo facultativa su aplicación a los órganos constitucionalmente autónomos, sin que por ello queden exentos del deber de consulta cuando corresponda.

El procedimiento está en el reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el cual emanó a su vez, de un proceso de participación indígena (consulta sobre la consulta) no exento de críticas⁴².

El artículo 7 del Decreto Supremo N° 66 de 2013, establece que los casos de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, procede la consulta previa. El mismo artículo dispone que:

“Son medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas los anteproyectos de ley y anteproyectos de reforma constitucional, ambos iniciados por el Presidente de la República, o la parte de éstos cuando sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas”.

La consulta previa, tratándose de proyectos de ley y de reforma constitucional iniciados en mensajes del Ejecutivo, se diferencia de la administrativa, en materia de plazo y en qué se entiende por carácter previo⁴³, puesto que en este caso la consulta debe ser realizada antes de enviar el Mensaje al Congreso Nacional (art. 11 inciso 3).

El referido reglamento establece cinco etapas de la consulta: (i) planificación; (ii) información y difusión; (iii) deliberación interna; (iv) diálogo para alcanzar acuerdos; y (v) sistematización, comunicación resultados y final⁴⁴.

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 para acordar una metodología, roles y funciones. De conformidad a la metodología adoptada, el organismo encargado de la consulta debe entregar

⁴⁰ Los avances de la Comisión se pueden consultar en: <http://bcn.cl/3e4ur>.

⁴¹ Artículo 4° DS N° 66 de 2013.

⁴² El proceso de “consulta sobre la consulta” que precedió a la adopción del DS N° 66 ha sido abordado en BCN (2016).

⁴³ Donoso y Núñez, 2022: 79.

⁴⁴ Artículo 16 DS N° 66 de 2013.

información completa y oportuna, de un modo culturalmente apropiado, en lengua indígena cuando corresponda, y exponiendo siempre 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”⁴⁵.

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, corresponde la etapa de sistematización y comunicación de los resultados, con lo que se pone fin al proceso de consulta.

En cuanto a los plazos, el artículo 17 del reglamento establece que cada una de las etapas, tratándose de medidas legislativas, deberán ejecutarse en un plazo no superior a 25 días hábiles (letra a), mientras que tratándose de aquellas de carácter administrativas, el plazo no puede exceder de 20 días hábiles (letra b). Esto, sin perjuicio de que el órgano responsable de la medida, en la etapa de planificación, previo diálogo con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, modifique estos plazos por motivos justificados (art. 17 inc. final).

Referencias

BCN:

- (2015). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27tnx> (julio, 2023).
- (2018a). Consulta previa indígena y proyectos de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27tmp> (julio, 2023).
- (2018b). Consulta previa indígena y proyectos de ley. Con atención a la adopción de medidas favorables (reconocimiento). Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27tmu> (julio, 2023).
- (2018c). Consulta previa indígena, proyectos de ley y recursos naturales. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27tmv> (julio, 2023).
- (2018d). Proyectos de reforma constitucional y consulta indígena constituyente. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/27tmy> (julio, 2023).
- (2018e). Consulta Previa Indígena y Congreso Nacional. Estándar internacional y procedimiento de consulta en Chile. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/2lobr> (julio, 2023).

⁴⁵ Artículo 16c DS N° 66 de 2013.

Comentario 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 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. (2012). Disponible en: <http://bcn.cl/240cu> (julio, 2023).

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

-- (2012). *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No 245.

-- (2014). Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21.

Donoso Rodríguez, Sebastián y Núñez Poblete, Manuel. (2022). *El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Manual para su aplicación judicial*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

Fuenzalida, Sergio. (2008). La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena. En Álvaro Bello y José Aylwin. *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*. Temuco: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, pp. 66-99.

López, Ricardo, y Mohr, Tania. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(1), 105-126.

Montt, Santiago y Manuel Matta (2011). Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Estudios Públicos*. 121, 133-212.

Meza-Lopehandía, Matías (2016). La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: la consulta previa indígena ante tribunales. *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, 69:13-52.

Naciones Unidas:

-- (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> (julio, 2023).

-- (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/27t6v> (julio, 2023).

-- (2009c). Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. En NN.UU. (2009). 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. Apéndice A.

OIT. (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. Disponible en: <http://bcn.cl/27son> (julio, 2023).

Tribunal Constitucional:

-- (2000). Sentencia de 31 de julio de 2000 [control de constitucionalidad]. Rol 309. Disponible en: <http://bcn.cl/27t9a> (julio, 2023).

-- (2008). Sentencia del 3 de abril de 2008 [control de constitucionalidad]. Rol 1055. Disponible en: (noviembre, 2018). Disponible en: <http://bcn.cl/27tbu> (julio, 2023).

-- (2013). Sentencia de 23 de enero de 2013 [control de constitucionalidad]. Rol 2387. Disponible en: <http://bcn.cl/27tbs> (julio, 2023).

Normativa

- Ley N° 21.451, Modifica la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el sentido que indica. Disponible en: <https://bcn.cl/323d6> (julio, 2023).
- Decreto N° 66, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Aprueba Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo N° 1 letra a) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica, D.O. 04.03.2014. Disponible en: <https://bcn.cl/2lp47> (julio, 2023).
- Decreto N° 236, Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: <https://bcn.cl/2fx8e> (julio, 2023).

Nota Aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, 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.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)