



Consulta previa indígena y proyectos de ley

Con atención a la adopción de medidas favorables (reconocimiento)

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3165

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al pueblo chango como etnia indígena de Chile (Boletines N° 11.188-17 y 11.335-17, refundidos)

N° SUP: 116257

Resumen

El derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas de buena fe y con la finalidad de alcanzar su consentimiento, cada vez que se prevea adoptar medidas legislativas que puedan afectarlos. Estas son aquéllas que puedan conllevar un impacto directo y específico sobre dichos pueblos. Lo que gatilla la necesidad de consulta es la posibilidad de afectación (no su certeza); su carácter directo (no remoto); y específico, o sea, que, aunque la medida tenga un alcance general, pueda generar un impacto en los pueblos indígenas en tanto tales.

En cuanto a las medidas favorables a los pueblos indígenas, el Convenio señala que no pueden adoptarse contra la voluntad expresa del pueblo concernido, lo cual ha sido entendido como un derecho a veto en la literatura. Esto supondría un mecanismo de consulta, pero distinto del tradicional, pues debería organizarse en función de permitir que se exprese libremente la voluntad del pueblo concernido y no necesariamente en función de alcanzar un acuerdo.

En relación con el sujeto obligado a consultar, tanto las fuentes del derecho internacional como el propio Tribunal Constitucional reconocen un deber de consulta por parte del Congreso Nacional.

Introducción

El presente informe explica el origen y contenido de la obligación de consulta previa indígena, en particular, respecto de proyectos de ley, teniendo especialmente a la vista el Proyecto de Ley Modifica la ley N°19.253, que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al pueblo chango como etnia indígena de Chile (Boletines N° 11.188-17 y 11.335-17, refundidos).

Para ello, se presenta la fuente internacional de la obligación de consulta previa indígena, los proyectos de ley como medidas a ser consultadas, la cuestión de las medidas favorables y, finalmente, el deber de consulta previa del Congreso.

Este informe se basa parcialmente en uno anterior, elaborado por el mismo autor¹.

1. La fuente normativa de consulta previa indígena en el Derecho Internacional

La consulta previa indígena tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos. Su norma matriz se encuentra en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile en 2008²:

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 [énfasis añadido].

Desde ahí ha permeado otros instrumentos internacionales, como la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (2007)³ y la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016)⁴, ambos firmados por Chile.

2. Proyecto de ley como objeto de consulta

Como se desprende de los textos citados, las leyes, en tanto medidas legislativas, deben ser consultadas antes de su adopción, esto es, durante el proceso de formación de la ley.

El Convenio 169 establece un criterio para determinar cuáles de esas medidas legislativas deben consultarse: aquéllas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos concernidos.

Este criterio implica dos elementos: (i) la eventualidad de la afectación (“susceptibilidad de afectación”); y (ii) que la afectación sea directa, o sea, que no sea remota.

¹ BCN, 2018.

² BCN, 2016.

³ Artículo 19. 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 [énfasis añadido].

⁴ Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas [...] 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 [énfasis añadido]. Además agrega específicamente el derecho colectivo de los pueblos indígena a la “participación plena y efectiva”, a través de representantes propios elegidos conforme a su propio derecho, “en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes”, y en general “acciones relacionadas con los asuntos indígenas” (art. XIII.1).

Respecto del primer elemento, se ha señalado que se requiere la posibilidad de que se produzca un efecto o impacto adverso, y no la certeza de que se produzca tal afectación. Esto se explica porque se trata de los efectos de la medida que se pretende adoptar en una forma de vida o cultura distinta a la dominante, por lo que aquellos podrían no ser inmediatamente visibles desde el paradigma hegemónico⁵.

En esta línea, el Relator Especial de Naciones Unidas para pueblos indígenas, James Anaya, ha señalado que deben consultarse las medidas que puedan “afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”⁶. Por ello, se ha sostenido que una de las funciones de la consulta previa indígena es hacer visibles impactos en un contexto intercultural⁷.

El segundo elemento señalado busca limitar el alcance de la consulta a aquellas medidas que puedan tener un impacto específico y directo sobre los pueblos indígenas. El propio Relator ha señalado que el concepto de afectación directa no puede entenderse en un sentido literal, pues “prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población”⁸. Ahora bien, según Contesse, esto no significa que aquellas medidas que tengan un alcance general no deban ser consultadas. Por el contrario, aquéllas deben ser consultadas si afectan de un modo particular a los pueblos indígenas⁹. En este sentido, no debe confundirse afectación directa con exclusividad de afectación. En otras palabras, debe tratarse de medidas que afecten a los pueblos indígenas en su especificidad indígena, aun cuando puedan tener un alcance general. Así lo ha señalado el Relator:

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 consultas¹⁰.

Es más, en sus comentarios a la propuesta de reglamento de consulta que el Gobierno de Chile le envió, el Relator señaló explícitamente que:

La consulta se aplica incluso a medidas administrativas o legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a una nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidas de algún modo afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos¹¹.

Este criterio general puede ser complementado con los casos que el propio Convenio contempla como situaciones que requieren de consulta previa, esto es, la autorización de exploración o explotación del

⁵ López y Mohr, 2014.

⁶ NN.UU., 2009: párr. 43.

⁷ Meza-Lopehandía, 2013.

⁸ NN.UU., 2009: párr. 43.

⁹ Contesse, 2012.

¹⁰ NN.UU., 2009: párr. 43; énfasis añadido.

¹¹ Comentario del Relator... 2012: ;párr. 43.

subsuelo en territorio indígena¹²; la modificación de la regulación del dominio de la tierra¹³; o los programas de educación bilingüe¹⁴. Por su parte, en el ámbito interamericano, la afectación sobre el territorio indígena ha sido reiteradamente destacada como gatillante de la consulta previa indígena¹⁵.

3. La cuestión de las medidas favorables

Por otra parte, está la cuestión de las medidas favorables, entre las cuales podría enmarcarse el reconocimiento legal de un pueblo indígena.

Lo primero que cabe tener presente es que el artículo 6° utiliza el verbo afectar, que puede ser entendido como menoscabo o perjuicio, pero también como "hacer impresión en alguien, causando en él alguna sensación"¹⁶. En otras palabras, no es claro si la norma distingue entre medidas favorables y desfavorables. Ahora bien, el artículo 4 contiene una disposición específica al respecto:

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales *no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados*.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales¹⁷.

La redacción del numeral 2 del artículo sugiere que los pueblos indígenas tienen derecho a veto respecto de las medidas favorables que se pretendan adoptar. Si bien no se han encontrado pronunciamientos a este respecto por parte de organismos internacionales, especialistas como Raquel Yrigoyen, interpretando el alcance de esta disposición, sostiene que las medidas de resguardo constituyen uno de los casos en que el consentimiento previo deja de operar como finalidad de la consulta previa, y pasa a constituirse como requisito *sine qua non* de la decisión consultada¹⁸.

Ahora bien, el elemento que estructura y determina las características del procedimiento de la consulta previa indígena es su finalidad de alcanzar el consentimiento. Se trata de un mecanismo que facilite el diálogo y la negociación intercultural, en un contexto donde la decisión final queda en manos del Estado. En contraste, en el caso de medidas favorables, si entendemos que el consentimiento pasa a ser un requisito para que la medida sea adoptada (derecho de veto), el procedimiento debe estar organizado más bien para que los consultados puedan expresar libremente su decisión respecto de la medida propuesta. Esta interpretación es consistente con la redacción de la disposición analizada.

¹² Art. 15.2 Convenio 169.

¹³ Art. 17 Convenio 169.

¹⁴ Art. 28 Convenio 169.

¹⁵ López y Mohr, 2014. Sobre la relevancia del concepto de territorio indígena para gatillar la consulta previa indígena, ver BCN, 2018.

¹⁶ Diccionario de la RAE, 2017.

¹⁷ Énfasis añadido.

¹⁸ Yrigoyen (2013).

En relación con el reconocimiento de un grupo humano como pueblo indígena, la necesidad de consentimiento previo es más clara, porque el propio Convenio 169 establece que la auto-identificación del grupo es el criterio fundamental de indigeneidad. Así lo establece el artículo 1.2.: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

4. El sujeto obligado a consultar

En relación con el sujeto obligado a realizar la consulta, el citado artículo 6° del Convenio 169 se refiere a "los gobiernos". Eso sugiere dos cosas. Primero, que es una obligación de la autoridad pública, y no de agentes privados, lo que ha sido ratificado por la propia OIT y otros organismos de Naciones Unidas¹⁹. En este mismo sentido, el Manual de la OIT para orientar la aplicación del Convenio señala que "la obligación de garantizar consultas adecuadas recae clara y explícitamente en los gobiernos y no en personas o empresas privada"²⁰. Incluso cuando aquél decida delegar en terceros la aplicación práctica del proceso, sigue siendo responsable de garantizar la consulta conforme al estándar.

En segundo lugar, el concepto de "gobierno" refiere normalmente al poder ejecutivo. Sin embargo, el Relator Anaya ha aclarado que se trata de una obligación del Estado, la que incluye al Congreso Nacional cuando se trata de proyecto de ley²¹.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el Convenio 169 modificó la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea porque incorporó "una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley", esto es, la consulta previa indígena, o fuera porque convirtió en obligatoria la audiencia a las organizaciones indígenas representativas respecto de las medidas que pueden afectarles²².

En este sentido, el Tribunal ha insistido en que la procedencia y regulación de la consulta previa a la que está obligado el Congreso es de su exclusiva competencia. En un voto concurrente con la sentencia principal que descartaba la inconstitucionalidad por falta de consulta previa por tratarse de infracción de normas infraconstitucionales, los ministros Bertelsen, Venegas y Aróstica, señalaron que mientras la consulta previa no fuera objeto de una regulación específica por parte del Congreso, cuestión que la sentencia principal recomienda, la determinación de su procedencia competía exclusivamente a tal corporación:

[...] 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 representativas²³.

¹⁹ BCN, 2016.

²⁰ OIT, 2013:14.

²¹ NN.UU, 2009a y 2009b.

²² STC, rol 309-2000:c.7°.

²³ STC, rol 2387-2012: c. 6 voto concurrente.

Bibliografía

- BCN, 2018. Consulta previa indígena y proyectos de ley. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/25nhr> (julio, 2018).
- 2016). Consulta previa indígena en Chile: marco jurídico e implementación. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/21xjd> (febrero, 2018).
- Carrasco, R. (2013). Razonabilidad y Proporcionalidad: Criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 1: pp. 299-314.
- 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. Disponible en: <http://bcn.cl/240cu> (marzo, 2018).
- 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.
- Real Academia Española. (2017). Afectar. En *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <http://bcn.cl/25nj4> (junio, 2018).
- Fuenzalida, S. (2015). Desarrollo de la Jurisprudencia en Chile sobre la Consulta Indígena: Los Casos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. *Revue Quebécoise de Droit International. Special Ed*: pp. 149-177.
- Galdamez, L. Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de pesca roles 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados. *Estudios Constitucionales*, 11(1): 621-632.
- Guerra, F. (en prensa). Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile. *Justicia Ambiental*. [aceptado para publicación]
- López, R., y Mohr, T. (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.

Meza-Lopehandía, M. (2013). El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo. En José Aylwin, Matías Meza-Lopehandía y Nancy Yáñez. Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago: Lom ediciones.

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

Ministerio de Desarrollo Social. (S.f.). Consulta Indígena. Disponible en: <http://bcn.cl/23yvs> (marzo, 2018).

NN.UU. (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> (febrero, 2018).

– (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).

Yrigoyen, R. (2013). Hacia una nueva relación del Estado con los pueblos: Autonomía, participación, consulta y consentimiento. *Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura*, 11: 233-246. Disponible en: <http://bcn.cl/25ndo> (julio, 2018)

Disclaimer

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)