



CentroDerechosHumanos
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**Análisis inicial a la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta
a los pueblos indígenas**

Índice

I. Estándares internacionales en materia de consulta previa, libre e informada	2
II. La consulta en Chile - contexto	3
III. Análisis específico de normas de la propuesta	4
IV. Recomendaciones	13

Advertencia: Este informe es un informe de expertos desde la perspectiva del derecho internacional; no representamos pueblos indígenas o sus miembros. Por consecuencia, este informe no pretende ser un insumo de la misma índole que la consulta con pueblos indígenas sobre el proyecto de reglamento en discusión que el gobierno tiene obligación internacional de llevar a cabo.

Un Estado garante de los derechos humanos debe asegurar una efectiva esfera de protección a todos y cada uno de sus habitantes sin distinción arbitraria ni discriminación, y en conformidad con sus obligaciones internacionales. Este deber involucra a todos los poderes del Estado, entre ellos el poder ejecutivo que tiene la responsabilidad específica de otorgar operatividad a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos al momento de adoptar medidas y en el desarrollo de políticas públicas. El Estado de Chile ha contraído un conjunto de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos con el objeto de otorgar una esfera de protección a todas las personas bajo su jurisdicción y especialmente a favor de aquellos grupos que se encuentra en especial situación de vulnerabilidad como niños, niñas ya adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y los pueblos indígenas. En este sentido, su jurisprudencia es relevante para efectos de este informe.

Son dos los instrumentos internacionales que establecen para Chile las normas relevantes sobre la consulta libre, previa e informada de los pueblos indígenas: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169), de 1989, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUPI), aprobada en 2007 con el voto de Chile, que se refuerzan mutuamente con el objetivo de mantener y fortalecer, en particular, la cultura, formas de vida e instituciones de los pueblos originarios del mundo.¹

En lo principal, los temas que han ocupado de manera relevante la agenda de los Estados y de los representantes de los pueblos indígenas son **el derecho a la consulta y la participación indígena**. En la práctica el gran desafío ha sido establecer mecanismos adecuados que aseguren una efectiva participación de los pueblos, en especial respecto a decisiones acerca de su propio **desarrollo, tierras, territorios y explotación de recursos naturales** y otros temas que los afecten a ellos y a su supervivencia económica, social y cultural. Ante el escenario descrito, los pueblos indígenas han encontrado en la judicialización de sus casos, tanto en sedes nacionales como regionales e internacionales, una alternativa válida, pero incompleta por no constituir respuestas suficientemente sistemáticas. Esto ante la omisión del Estado de propiciar un diálogo y establecer procesos participativos efectivos para determinar mecanismos de consulta legitimados por los pueblos indígenas y conforme a los estándares internacionales.

I. Estándares internacionales en materia de consulta previa, libre e informada

A nivel regional, la Corte interamericana de Derechos Humanos, en los últimos 15 años, ha conocido de una veintena de casos que le han permitido construir estándares para asegurar el respeto y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. La Corte, a través de una interpretación evolutiva, ha logrado construir un estándar en relación al **derecho a la propiedad** distinto al tradicional y conforme a la cosmovisión de los pueblos indígenas incorporando el **deber de consulta**.² Además, aludiendo al derecho internacional de los derechos humanos, ha utilizado como herramienta de interpretación tanto el Convenio 169, dictámenes y observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas, como sentencias de los tribunales superiores de justicia de la región.

En su última sentencia de junio de 2012 relativa al tema, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* la Corte reitera que “para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígenas en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante

¹ Asimismo, se han establecido mecanismos específicos para pueblos indígenas a nivel internacional como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2000), el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2002) y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), en el marco del sistema universal de protección. En el sistema interamericano en la CIDH encontramos la Relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas.

² Ver citas de casos específicos abajo.

entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo.”³ Asimismo la Corte ha destacado la importancia de la dimensión colectiva de los derechos de los pueblos indígenas⁴ como la obligación del Estado de adoptar medidas que garanticen su efectiva protección y supervivencia.⁵

En definitiva, los Estados tienen la **obligación** primordial de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas estableciendo mecanismos adecuados que permitan una participación efectiva en los procesos de toma de decisiones que les afecten.⁶ Para los estados que hayan ratificado el Convenio 169, y en general, en pos de la DNUPI, el mecanismo adecuado para esta participación es la consulta libre, previa e informada, y para algunos casos específicos como el reasentamiento o una afectación significativa de la supervivencia del pueblo, el consentimiento libre, previo e informado.⁷

II. La consulta en Chile – contexto

Larga ha sido la discusión en torno a la aplicación del derecho a Consulta de los pueblos indígenas desde que en 2008 concluyera el trámite de ratificación por parte del Estado de Chile del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Las implicancias jurídicas de dicha ratificación se han manifestado especialmente, en lo que respecta al ejercicio del derecho a Consulta, en torno a las actividades o proyectos que requieren ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y a la “aptitud” de las instancias de participación ciudadana que la Ley 19.300 de 1994 contempla dentro de dichos procedimientos de evaluación, para responder a los requisitos que el Convenio 169 impone para la adopción de *cualquier* medida administrativa susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.

Desde entonces numerosas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado sobre este punto, y aunque si bien no ha habido una postura unánime, en muchos de estos casos se ha resuelto la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental que autorizó un determinado proyecto o actividad, por haber carecido de un procesos de consulta indígena previo,

³ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 177.

⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígenas Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi.

⁵ Corte IDH. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Ver también ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Poma Poma vs. Perú, decisión del 24 de abril de 2009.

⁶ Por la prohibición de discriminación, los pueblos indígenas también deben estar debidamente representados en las instituciones políticas en general, especialmente, el Congreso. Este informe solamente discute la participación en procesos de consulta mandatados por el derecho internacional, especialmente el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado el 27 de junio de 1989 y la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de Naciones Unidas (DNUPI).

⁷, DNUPI. Corte IDH. Caso Saramaka, ver nota 5.

como la exige el Convenio, estimándose, en tanto, que la participación ciudadana en el SEIA no cumple con dichos estándares.

En medio de esta polémica se dicta la Ley 20.417 de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, con lo que se establece un nuevo modelo institucional en materia medio ambiental, abandonando el sistema basado en el rol de CONAMA como institución coordinadora de las competencias ambientales de los diversos organismos sectoriales. Este cuerpo normativo modifica la Ley 19.300, depositando en un organismo especializado la administración del SEIA, esto es, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). Pese a las modificaciones que se introducen en materia de participación ciudadana dentro del SEIA, nada se señala en relación a la Consulta Indígena, manteniéndose aún el antiguo Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, D.S. Nº 95/01.

Este panorama podría modificarse considerablemente durante el presente año, toda vez que ha sido aprobada por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, una propuesta de Nuevo Reglamento del SEIA que se refiere expresamente a participación y Consulta indígena (artículo 85), presentándose además paralelamente, una propuesta de regulación de este derecho, que vendría a reemplazar al cuestionado D.S. 124 de 2009 de MIDEPLAN, la que comentamos en seguida.

El 8 de agosto de 2012 el Ministro de Desarrollo Social, Joaquín Lavín, presentó en la sede de la OIT en Santiago la propuesta del Gobierno para definir una nueva normativa en relación al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. La propuesta del gobierno se compone de 27 artículos a través de los cuales se busca establecer un procedimiento para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y participación en conformidad a los estándares internacionales.

De un análisis preliminar de la normativa es posible identificar una serie de puntos críticos entre los cuales destaca precisamente la exclusión del ámbito de aplicación del nuevo mecanismo de consulta a los proyectos de inversión que deban ingresar al sistema de evaluación ambiental. Además, y teniendo en consideración los estándares internacionales reseñados en los párrafos anteriores, no existe mención alguna a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas siendo este un instrumento internacional que fue votado favorablemente por el Estado de Chile y que constituye el mas reciente entendimiento de la comunidad internacional en la materia.

III. Análisis específico de normas de la propuesta.

El presente apartado comenta las disposiciones que consideramos más significativos para el cabal cumplimiento de la normativa interna con los compromisos de derecho internacional en la materia.

El Artículo 1 hace referencia al objeto del reglamento señalando que “El presente reglamento tiene por finalidad regular los procesos de consulta y participación indígena por parte de los órganos de la Administración del Estado de acuerdo al Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo.” Si bien queda claro el ámbito de aplicación del reglamento debemos destacar que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, no sólo involucra a “los órganos de la Administración del Estado” sino al Estado en su conjunto. La norma en análisis hace referencia a un “proceso de consulta”, debemos destacar que “la consulta” es un derecho del cual son titulares los pueblos indígenas. En este sentido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) de la OIT en su comentario general del año 2011 ha indicado “de manera reiterada que la ‘consulta y participación’ constituyen la piedra angular del Convenio núm. 169 y la base de todas sus disposiciones.”

En los artículos 2 y 3 se define que se entenderá por “consulta” y “participación” para efectos de la normativa. La distinción entre consulta y participación parece ambigua y poco práctica. Puede provocar dualidad de procesos ya que tal como está descrita la participación en este artículo (y más en detalle en el título IV del reglamento) tendrán como resultado medidas que deberían (según las normas internacionales) ser sometidas a consulta. Además, la expresión “debida consideración” para hablar del derecho de los pueblos indígenas a su cosmovisión resulta poco clara.

El artículo 4 se refiere a aquellos órganos a los que se aplica el presente reglamento, para ellos enumera un conjunto de órganos y servicios que se sujetaran a lo establecido en la normativa en análisis. Estimamos apropiado necesario hacer una referencia específica a las municipalidades. Por último, el lenguaje facultativo empleado para hacer referencia a los órganos constitucionalmente autónomos (“podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento”), no es concordante con la obligación de consulta que tienen los órganos de Estado.

El artículo 5 de la propuesta señala que, “La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena reconocido en la ley N°19.253, en los términos señalados en el artículo 9° del presente reglamento, y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la Ley N° 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental.

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

La exclusión explícita de los proyectos de inversión (2º inciso) y la remisión a las normas ambientales (1º inciso) – las cuales cuestionamos porque en su formulación original así como en la modificación de 2010, no participaron los pueblos indígenas –no cumplen los estándares internacionales vigentes en la materia. En efecto además de las normas generales sobre consulta y

participación – Artículo 6 y 7-, el Convenio 169 consagra materias específicas sobre las cuales los pueblos indígenas deben ser consultados destacando entre ellos la explotación de Recursos Naturales (Art.15.2). Si el nuevo reglamento de la Ley 19.300 considera que el estándar de consulta es más alto y más específico que el estándar de participación ciudadana, podría mantenerse la referencia del primer inciso, sino, constituiría una violación del derecho internacional por parte del Estado de Chile..

En este sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) destaca que es uno de los “desafíos fundamentales (...él de) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales”.

De este modo, reviste especial relevancia considerar el nuevo reglamento del SEIA, toda que vez que la propuesta de Reglamento de la Consulta se remite a él, y poder determinar cuál es el rol que la nueva institucionalidad ambiental debe desempeñar bajo los estándares del Convenio 169. Cabe destacar que el reglamento del SEIA está redactado en lenguaje facultativo,⁸ lo que es una contradicción con el derecho internacional, dado que la consulta es un derecho de los pueblos indígenas, derecho que tiene su fuente en un instrumento internacional jurídicamente vinculante para el Estado de Chile (ver también comentario al Art. 4 de la propuesta de reglamento). Además, la normativa en cuestión genera un problema mayor si consideramos que la mayoría de las causas judiciales en las cuales las comunidades indígenas han invocado su derecho a ser consultados tiene relación con proyectos de este tipo.⁹

Adicionalmente, la obligación de consultar no se limita a la fase inicial del proyecto hasta su aprobación. Más bien, se extiende a través del tiempo durante el tiempo de vida del proyecto y su cierre. En este sentido, el segundo inciso del artículo propuesto preocupa por no tener en cuenta este elemento continuo de la consulta. Especialmente, permitiría introducir cambios a los proyectos con posterioridad, excluyendo los pueblos indígenas y negándoles su derecho a la consulta previa, libre e informada. Para que la propuesta esté conforme al derecho internacional, el segundo inciso del artículo 6 debe eliminarse.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 7°, que señala al Responsable del proceso de Consulta y participación serán tres órganos los responsables de desarrollar los procesos de consulta y participación: 1) Órgano involucrado; 2) Subsecretaría de Servicios Sociales; 3) CONADI. Además, estarían involucradas las comisiones locales, regionales y nacional que establece el Artículo 8 de la propuesta. Si bien destacamos la intención de identificar claramente al órgano obligado de

⁸ Por ejemplo, “Art 86: Diálogo con grupos humano indígenas. [...] El Director Regional o el Director del Servicio podrán realizar un proceso de diálogo con los grupos humanos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad. [...]”.

⁹ Por ejemplo, Caso Lof Palguín, Corte de Apelaciones de Temuco Rol 1705 – 09/ Enero 2010; Caso Comunidad Pepiükelen, Corte Suprema Rol 5757 – 2010 / Septiembre 2010; Caso Comunidad Puquiñe, Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 243 – 2010 / Agosto 2010; Caso Megaproyecto Eólico Chiloé, Corte Suprema Rol 10090 - 2011 / Marzo 2012. Proyecto minero El Morro, Corte Suprema Rol 2211-2012 / Abril 2012.

consultar a los pueblos indígenas, parece complejizar los procesos de consultas la incorporación de tantos órganos en el desarrollo del mismo. Esta multiplicidad de órganos del Estado frente a un pueblo indígena genera una posición de desigualdad para los representantes de los pueblos indígenas, ya que las responsabilidades se diluyen y además, los procesos con que deben cumplir los consultados se duplican. Esto no significa que el mecanismo no pudiera ser coordinado entre los diferentes actores de las políticas públicas y comisiones. Solamente, el interlocutor a quien se dirigen los pueblos indígenas debe ser claramente definido y fácilmente accesible.

Hay un punto adicional a mencionar en este contexto: el derecho internacional establece la consulta libre e informada. El Estado entonces debe proveer a los pueblos indígenas los recursos y el conocimiento para poder ejercer el derecho a la consulta. Lo que entonces sería necesario en cuanto a los órganos que el reglamento debería abarcar es una entidad de apoyo efectivo en la consulta, de confianza para los usuarios.

El artículo 9 se refiere a la definición de afectación directa para efectos del reglamento en análisis. El listado de situaciones para ejemplificar cuando los pueblos indígenas experimentarían una afectación directa podría restringir el ámbito de aplicación del derecho a la consulta tal como esta consagrado en los instrumentos internacionales. Específicamente llama la atención que las hipótesis de afectación directa (en particular en letra c) no contienen referencia a conceptos claves en materia de derechos de los pueblos indígenas, específicamente: tierras y territorios. En esta materia a nivel internacional se ha destacado la importancia de un correcto entendimiento de los conceptos “tierras y territorios”.

El Convenio 169 de la OIT señala que “[l]a utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Dicho instrumento agrega que “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”¹⁰. La OIT ha precisado que cuando el Convenio habla de ‘tierra’, debe entenderse que “[a]barca la totalidad del territorio que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo”. De mismo modo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 26 consagra que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido” y que el contenido esencial de ese derecho está representado por las facultades de posesión, uso, utilización, desarrollo y control sobre dichos tierras y recursos, y su fundamento descansa “[e]n razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”. En este marco corresponde al Estado de Chile el deber de garantizar, proteger y reconocer dichos recursos tierras y territorios,

¹⁰ OIT. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. 2009. Pág. 91.

debiendo en cumplimiento de dicho mandato, respetar las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia indígena.

El artículo 25 de la Declaración precisa que esta protección se extiende a “la relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”. En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos en su observación general No. 23 señala “... que al cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza... El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afecten.”¹¹

En 2004, en su informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Chile, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señalaba que “De conformidad con la legislación chilena, las aguas, el subsuelo y los recursos del mar y de los lagos, se encuentran en un régimen completamente independiente de la propiedad sobre la tierra, y del uso productivo que pudieran tener. De esta manera los derechos de "propiedad" y "explotación" pueden ser objeto de concesión (gratuita) por parte del Estado a favor de quienquiera que los solicite. A partir de este régimen, la mayor parte de las fuentes y los cursos de agua en áreas indígenas están concesionadas a terceros, incluyendo las plantaciones forestales. [...] Esta situación afecta a las comunidades ribereñas del Pacífico y de los lagos, quienes enfrentan la pérdida de su derecho tradicional a extraer recursos marinos” (§27).

En este sentido, ninguna disposición del reglamento puede contradecir lo que el derecho internacional establece como modo de compensación para proyectos de inversión en o afectando territorios indígenas, a saber, la participación en los beneficios del proyecto, además de la consulta y un estudio de impacto ambiental.¹²

El artículo 10 hace referencia a la asistencia técnica. De acuerdo a como está redactada la norma la asistencia técnica parece estar garantizada sólo a favor del Estado sin contempla la normativa la posible asistencia que pudiera requerir los pueblos indígenas que participen de los procesos de consulta (ver también comentario al Artículo 7 de la propuesta, sobre apoyo efectivo de las instituciones). En definitiva, mantener la redacción de la norma parece generar una situación de desigualdad en favor del Estado. En esta materia la asimetría de poder que perjudica a los pueblos indígenas ha sido denunciada por el Relator Especial en otros casos, analizando proyectos de inversión de gran envergadura. Así por ejemplo, analizando un proyecto de inversión en Costa Rica, el Relator señaló que “(...) por lo general, los pueblos indígenas han sufrido pautas de discriminación y marginación que les han impedido desarrollar su capacidad de interlocución

¹¹ Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Observación General No. 23 Derecho de las Minorías (artículo 27), 1994, párrafo 7.

¹² Ver CorteIDH, Caso Saramaka.

frente a representantes del Estado y otros actores interesados en aprovechar los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.” Eso constituiría un desequilibrio en el “acceso a información sobre el proyecto, y en cuanto a la capacidad técnica para evaluar la información y para elaborar y responder a propuestas en el contexto de una negociación sobre temas complejos.” En estos casos, se deben tomar “medidas para mitigar esta asimetría de poder.” El Relator sigue explicando que “a estos efectos, los pueblos indígenas deberán poder contar con sus propios asesores expertos en las materias pertinentes, tales como ingeniería, derecho, finanzas, medioambiente, desarrollo y negociación. El Estado debería asegurar el financiamiento de estos asesores, dentro de fórmulas que les permitieran mantenerse exclusivamente al servicio de las partes indígenas y fuera del ámbito de control del ICE u otra parte”. Concluye que si no se garantizan estas condiciones, “cualquier expresión de consenso o acuerdo resultante de la consulta carecerá de legitimidad y sostenibilidad”.¹³

En este caso, considerando la especificidad técnica que muchas veces involucran algunas materias objeto de consulta resultara indispensable complementar el artículo en análisis con el fin de garantizar que los pueblos indígenas involucrados tengan acceso a una asesoría técnica especializada e independiente para la elaboración de eventuales propuestas de modificación en el marco de procesos de consultas. Cabe destacar que tanto la declaración de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas como el Convenio 169 contiene estándares en esta materia. Específicamente la DNUPI, Art. 13.2 señala que : “Los Estados adoptaran medidas eficaces para [...] asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ellos, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados

Finalmente en cuanto al título III, artículo 11 al 24, referente a los principios y procedimiento de consulta, en el cual estimamos se encuentra la parte central de la normativa en análisis haremos los comentarios en forma conjunta dada la interrelación entre los artículos que lo componen.

El artículo 11 se refiere a las fuentes del proceso de consulta que contempla el reglamento. Sólo se hace referencia al Convenio 169 a pesar de existir otros instrumentos internacionales que son pertinentes en la materia, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido el artículo 35 del Convenio 169 señala que “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos internacionales.”

El artículo 12 contempla el principio de buena fe que debe presentarse en el marco del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Sin embargo, no parece apropiado establecer una lista de ejemplos de mala fe. Sobre este punto los estándares internacionales consagran que “Las

¹³ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya - Adición - La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, adoptado el 7 de noviembre de 2011, A/HRC/18/35/Add.8, párr. 34,35 y 36.

consultas llevada a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada [...]”.¹⁴ Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 19 establece que “Los Estados celebraran consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas interesados [...]”. Además, el Relator Especial en su Informe de visita a Chile, 2009 en el párrafo 25 afirmó que: “[...] ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista una cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado. Como ha apuntado la OIT, un clima de enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca es una barrera fundamental para llevar a cabo consultas productivas.”

La interpretación del concepto de mala fe es lo suficientemente claro en el derecho nacional e internacional como para evitar dudas al respecto, sin requerir ejemplos específicos. Si no obstante, se considera imprescindible la mención de ejemplos, se debe agregar, para reflejar correctamente el concepto, los términos “entre otros” y agregar el ejemplo de la falta de respeto por las autoridades tradicionales y las tradiciones propias de los pueblos indígenas.

El artículo 13 describe que se entiende para efectos de la normativa por procedimiento apropiado. En este punto es pertinente destacar sus principales características de un “procedimiento apropiado de consulta” tal como son reconocidas en los instrumentos internacionales. La CEARC menciona: “La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión – con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas - de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.¹⁵

En relación a la oportunidad de la consulta, desarrollada en el **artículo 19** de la normativa en análisis llama la atención que respecto a aquellos proyectos “que la urgencia de la materia haga necesario” no se cumpliría con el requisito que la consulta sea PREVIA. La caracterización de “urgencia” es muy vaga, podría mal utilizarse incurriendo en la violación de las obligaciones internacionales.

¹⁴ Artículo 6.2 Convenio 169 OIT.

¹⁵ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1ª), págs. 731 – 732, 98° reunión, 2009. (El destacado es nuestro).

Más allá de borrar o especificar la referencia imprecisa a la “urgencia de la materia”, hay que definir claramente los casos excepcionales, con una lista taxativa que mencione las situaciones en las cuales se podría adoptar una medida sin consulta previa, sometiendo la permanencia de la medida a una consulta posterior.

El artículo 20 en relación a la pertinencia de la consulta afirma que “El órgano de la administración del Estado al que corresponde la iniciativa de la medida legislativa o administrativa, deberá evaluar con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta. Las mismas comunidades indígenas posiblemente afectadas por una medida deben tener la posibilidad de solicitar el desarrollo de un proceso de consulta...”

Teniendo en cuenta la nueva institucionalidad establecida por este mismo reglamento en su artículo 8, estimamos pertinente que sea dicha institución la que canalice posibles solicitudes de realización de procesos de consulta.

En caso de solicitud al Ministerio del Desarrollo por una posible medida que afecte a pueblos indígenas y que no haya sido consultada, la medida debería ser suspendida. Más aun si el Ministerio de Desarrollo social tiene un plazo de 30 días hábiles para dar curso al requerimiento (este plazo es uno de los más extensos contenidos en el reglamento, aun más extenso que las etapas más significativas del proceso de consulta). Mientras no se haya decidido sobre el requerimiento, deben paralizarse las obras o cualquier paso que sería en sí una afectación directa. Con esto, sería útil reducir considerablemente el plazo referido.

En relación lo contemplado en los **artículos 21 y 22** cabe señalar que llama la atención la nula referencia a una explicación de los efectos y alcances de la aplicación de la medida en discusión. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado que es necesario que los pueblos consultados “tengan conocimiento de los posibles riesgos [efectos de la medida en discusión] a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”¹⁶ Además, la mención a “el itinerario, plazos y actividades de dicho proceso” debería ser remplazada por una referencia a las etapas del proceso (conforme con el artículo 23 del mismo reglamento). En cuanto a los plazos previstos la norma debiera contemplar el derecho de las comunidades indígenas de participar del desarrollo de un itinerario de plazos y actividades del proceso de consulta. Si bien esto se contempla en la normativa no queda claro como se realizará dicha incidencia.

Los plazos contemplados son muy breves y solo se extienden por 15 días hábiles. No es apropiado fijar plazos máximos cuando los procesos de consulta se extenderán en cada caso de acuerdo a las características de las medidas a analizar y sus posibles alcances y consecuencias. Por último, en

¹⁶ Corte IDH, Caso Saramaka, párr. 133.

relación a este punto no parece razonable que solo la autoridad estatal pueda ampliar los plazos con razones justificadas y razonables. Los pueblos indígenas deben también tener la posibilidad de solicitar la extensión de los plazos en las etapas del proceso de consulta.

Respecto al procedimiento de consulta consagrado y descrito en el **artículo 24** estimamos inapropiado que sólo una vez iniciada la etapa de planificación los pueblos indígenas “podrán” (es decir depende de la decisión del órgano estatal involucrado, nuevamente la utilización de un lenguaje facultativo) obtener la primera información sobre el contenido de la medida. Es indispensable para que una planificación este conforme a los estándares internacionales que los pueblos indígenas a ser consultados puedan incidir con anterioridad y cuenten con información previa para tener claridad sobre la complejidad de la medida e involucrarse en la formulación de la planificación. Se sugiere se invierta el orden de las dos primeras etapas contempladas en el artículo 24.

Respecto a la etapa b) relativa a la entrega de información, debería contemplarse fondos económicos para que las comunidades indígenas obtengan una asistencia técnica imparcial que les permita hacer un análisis técnico de la medida o medidas a ser consultadas (ver comentario sobre asistencia técnica).

Por último respecto a la etapa c, sobre la instancia de dialogo en aquellos casos en los cuales no se logran acuerdos, el órgano responsable de la medida tiene dos obligaciones: 1) El deber de Acomodo: el deber de ajustar o incluso cancelar los planes o proyectos en base a los resultados del proceso de Consulta. Cuando no cumple con este deber de acomodo, el Estado debe proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho, y 2) el deber de Adoptar decisiones razonadas: aunque no todos los procesos de consulta buscan el consentimiento, esto no los reduce a una formalidad. Los Estados deben tener en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas de los Pueblos afectados, y prestar consideración a las mismas en el diseño final del Plan o Proyecto que se consulta.

El artículo 25 se refiere a la suspensión y término del proceso de consulta. Los pueblos indígenas deberían tener la posibilidad de impugnar un proceso cuando hay señales de mala fe de parte del órgano encargado de la medida u otras violaciones del debido proceso aplicable a la consulta. La entidad estatal que debe consultar no debería contar con la posibilidad de poner fin de modo unilateral al proceso de consulta sin haber culminado las etapas previstas para el desarrollo del proceso de consulta.

IV. Recomendaciones

Tras este análisis preliminar de la propuesta de gobierno para la “nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT” el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales ha identificado algunas de sus principales preocupaciones en relación a los derechos de los pueblos indígenas, recordando los estándares internacionales vigentes en la materia.

Los siguientes puntos constituyen lo que consideramos las falencias más significativas con respecto al cumplimiento de la propuesta con el derecho internacional:

1. El interlocutor institucional a quien se dirigen los pueblos indígenas debe ser claramente definido y fácilmente accesible, incluso en regiones y municipios.
2. Se debe crear un mecanismo de apoyo efectivo a los pueblos indígenas que les permita acceder a la orientación, capacitación y preparación necesaria para la participación en la consulta libre, previa e informada. Ese rol no puede ser asumido por los órganos a los cuales el Estado encarga la organización de la consulta, ya que carecería de la independencia necesaria como para asesorar a los pueblos indígenas consultados.
3. El lenguaje facultativo empleado en el Artículo 4, haciendo referencia a los órganos constitucionalmente autónomos (“podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento”), no es concordante con la obligación de consulta que tienen los órganos de Estado. Además, deberían nombrarse explícitamente las municipalidades como órganos sujetos a la obligación de consulta.
4. La definición de “afectación directa” carece de una referencia al concepto de tierras y territorios de los pueblos indígenas, necesaria según el derecho internacional. Además, debiera usarse como método para el proceso de consulta sobre proyectos de inversión, la técnica de estudios de impacto social y sobre derechos humanos, adaptados a la específica situación de los pueblos indígenas (*human rights impact assessment*), como elemento obligatorio para presentar a consulta toda la información relevante sobre riesgos e impactos que genera una medida o un proyecto.
5. Ninguna disposición del reglamento puede contradecir lo que el derecho internacional establece como modo de compensación para proyectos de inversión en o afectando territorios indígenas, a saber, la participación en los beneficios del proyecto, además de la consulta y un estudio de impacto ambiental.
6. La redacción del encabezado del Art. 12 de la propuesta y la interpretación del concepto de mala fe es lo suficientemente clara en el derecho nacional e internacional como para evitar dudas sobre su alcance, sin requerir ejemplos específicos. Si no obstante, se

considera imprescindible la mención de ejemplos en el Art. 12 inciso 2º de la propuesta, se debe agregar, para reflejar correctamente el concepto, los términos “entre otros” después de la lista de ejemplos y agregar el ejemplo de la falta de respeto por las autoridades tradicionales y las tradiciones propias de los pueblos indígenas.

7. Mientras no se haya decidido sobre el requerimiento interpuesto de acuerdo al Artículo 20 de la propuesta, deben paralizarse las obras o cualquier paso que sería en sí una afectación directa. De otra manera, no se podría garantizar el goce de los derechos indígenas que al igual de los derechos humanos, implica una obligación de prevención.
8. Más allá de borrar la referencia imprecisa y general a la “urgencia de la materia” en el Art. 19, hay que definir claramente los casos excepcionales en los cuales se permitiría tomar medidas sin consulta previa, con una lista taxativa que mencione las situaciones, sometiendo no obstante y obligatoriamente el diseño de la medida a una consulta posterior.
9. Para que la propuesta esté conforme al derecho internacional, el segundo inciso del artículo 5 debe eliminarse.
10. La entidad estatal que consulta no debería contar con la posibilidad de poner fin de modo unilateral al proceso de consulta sin haber culminado las etapas previstas para el desarrollo del proceso de consulta.

Santiago de Chile, 5 de octubre de 2012

Contacto:

Judith Schönsteiner

Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

judith.schonsteiner@udp.cl

Tel. 6762609