

Los desafíos pendientes del Convenio 169*

ISABEL ANINAT S.

- La puesta en marcha del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas en Chile ha sido particularmente compleja. Debido a los cuestionamientos a la regulación interna inicial, en el año 2013 se dictaron dos nuevos reglamentos que regulan la consulta en general y la consulta dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Sin embargo, la discusión sobre el Convenio no está concluida. Este trabajo se centra en los principales desafíos pendientes.
- La definición de *susceptibilidad de afectación directa*, término crucial del Convenio, debe mantenerse en términos jurídicos que otorguen certeza sobre cuándo procede la consulta. La falta de acuerdo en torno a dicha definición continuará siendo uno de los principales obstáculos en esta materia.
- Bajo las actuales condiciones, la canalización de la consulta de los proyectos de inversión al SEIA es una opción conveniente, en cuanto mantiene la tendencia a la ventanilla única y establece especificidades para la consulta indígena. Los cambios a futuro dependerán de que se den ciertas modificaciones institucionales y legales.
- La consulta debe hacerse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. El actual diseño, sin embargo, genera incertidumbre respecto de quiénes deben ser consultados. El desafío está en cómo los pueblos indígenas pueden crear y establecer dichas instituciones, de forma que sean legítimas y fácilmente identificables.
- Sin perjuicio de la canalización de la consulta vía el SEIA, la creación de una institución única en el Poder Ejecutivo responsable de la consulta permitiría unificar criterios y dar mayor certeza. La actual dispersión de órganos encargados de efectuar la consulta puede conllevar descoordinaciones e incertidumbre.
- Un acto legislativo para regular la consulta permitiría otorgar mayor seguridad jurídica e implementar el Convenio a nivel de Estado. Es importante, sí, que un eventual proyecto de ley tome en cuenta la experiencia de los últimos cinco años.
- Si bien queda mucho por hacer, la experiencia demuestra que las soluciones a estos desafíos deben ser abordadas paulatinamente.

Isabel Aninat S. Abogada, Universidad Católica de Chile. Investigadora del Centro de Estudios Públicos.

* Agradezco los comentarios de Harald Beyer, Lucas Sierra y Ernesto Ayala. Los errores que pudiese contener este texto son de mi exclusiva responsabilidad.

Introducción

A casi cinco años de la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, el “Convenio”)¹, su puesta en marcha ha estado marcada por complejidades, especialmente en la aplicación de la consulta y la participación indígena. Este trabajo presenta los avances que se han dado en esta materia desde el año 2009, identifica los desafíos pendientes y sugiere posibles medidas al respecto.

El objetivo es centrarse en aquellos temas que posiblemente constituirán las principales discusiones en torno al Convenio en los próximos años. Los cinco desafíos que se presentan son:

1. la falta de acuerdo sobre cómo definir la *susceptibilidad de afectación directa* y su implicancia sobre las medidas a ser consultadas;
2. la conveniencia de canalizar la consulta de los proyectos de inversión dentro del SEIA;
3. las complejidades para determinar las instituciones representativas indígenas;
4. el establecimiento de una institución única en el Poder Ejecutivo responsable de la consulta;
5. la opción por una regulación legal de la consulta y la participación indígena.

Las dificultades en torno a la puesta en marcha del Convenio radican en que, a pesar de la larga tramitación en el Congreso, su ratificación no estuvo necesariamente acompañada de un análisis crítico y sistemático sobre las implicancias que tendría para el

¹ El Convenio fue adoptado en 1989 por la OIT y constituye un instrumento de suma relevancia dentro del Derecho Internacional Indígena. A la fecha, 22 países han ratificado el Convenio, de los cuales 15 son latinoamericanos. Países como Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, que cuentan con políticas indígenas internas más avanzadas, no lo han suscrito.

Estado. En particular, las obligaciones de consulta y participación han implicado una serie de cambios normativos, cuya regulación no ha logrado generar suficiente certeza en torno a cómo y cuándo aplicarlas.

En Chile, el Decreto Supremo N° 124/2009 constituyó la regulación inicial de la consulta y participación indígena. Se estableció un procedimiento general para la consulta de las medidas administrativas y legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas², remitiéndose la consulta de los proyectos de inversión al sistema medioambiental, diseño que se mantiene hasta hoy.

Sin embargo, tanto la forma como el fondo del D.S. N° 124 trajeron aparejada una serie de cuestionamientos, ya que fue considerado un decreto inconsulto, restrictivo y poco flexible, que no cumplía que los estándares internacionales y no regulaba el Convenio, sino que la Ley Indígena³. Más aún, la aplicación de la consulta indígena (en adelante, “la consulta”) en materia medioambiental implicó la judicialización de una serie de proyectos de inversión⁴, sin que se haya asentado una línea jurisprudencial clara. Buscando mejorar la puesta en práctica del Convenio, en el año 2013 se establecieron dos nuevas regulaciones para la consulta indígena. El

² Algunos ejemplos de medidas que fueron consultadas entre los años 2010 y 2013: programas de estudio de lengua indígena (Mineduc), el parque astronómico de Atacama (BBNN), Centro Cultural Rapa Nui (CNCA), creación de un Área de Desarrollo Indígena (Conadi), el proyecto de ley de Reforma Forestal (CONAF) y un estudio de preinversión sobre proyecto vial en Mehuín Niebla (MOP).

³ Por ejemplo, ver: Centro de Derechos Humanos, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012*, 169-174.

⁴ A marzo de 2014, la Corte Suprema ha emitido 17 fallos relativos específicamente al tema de la consulta dentro del SEIA, con recursos de protección que a esa fecha aún no habían sido fallados. Para más detalles, ver: Donoso & Hernández, “Participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como consulta indígena”, 2013.

Decreto Supremo N° 66/2013⁵, fruto de un proceso de consulta que tomó más de dos años, derogó el decreto anterior, y estableció una nueva regulación específica para la consulta. Si bien la Mesa de Consenso y el Gobierno lograron un acuerdo en 17 de los 20 artículos del nuevo reglamento⁶, no se logró consenso en tres aspectos fundamentales del Convenio: el concepto de *susceptibilidad de afectación directa*, las medidas a ser consultadas y la consulta de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA.

Por otra parte, en diciembre de 2013 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 40/2013 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el nuevo reglamento del SEIA, el cual incorpora una regulación específica para la consulta indígena⁷. Bajo esta nueva normativa, se incorporaron elementos para desarrollar un procedimiento de consulta indígena y se incorporaron precisiones en los contenidos mínimos de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). De esta manera, se buscó diferenciarla del mecanismo general de participación ciudadana, en línea con lo señalado por la Corte Suprema respecto de que la consulta indígena debía cumplir con los estándares del Convenio⁸.

⁵ El decreto fue dictado en noviembre de 2013 y entró en vigencia el 4 de marzo de 2014, luego de la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.

⁶ Los acuerdos incluyeron, entre otros, la definición de la consulta como un deber de los órganos de la administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas, los órganos a los que aplica, los principios de la consulta (buena fe, procedimiento apropiado y carácter previo), las etapas y plazos del procedimiento. El reglamento, en línea con lo señalado por la OIT, deja claramente establecido que la finalidad de la consulta es llegar aun acuerdo o lograr el consentimiento, sin que ello implique un derecho a veto. Ver *Mesa de Consenso, Consulta Indígena*.

⁷ Sobre la consulta llevada a cabo por el SEA, ver: Ministerio de Medio Ambiente & Servicio de Evaluación Ambiental, "Informe final. Proceso de consulta indígena", 2012.

⁸ Ver las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Chile: *Actualización plan regulador San Pedro de Atacama* (ROL N° 258-2011), *Parque eólico Chiloé* (ROL N° 10.090-2011) y *Sondaje de prospección Paguanta* (ROL N° 11.040-2011).

Si bien ambos reglamentos son un avance en términos de establecer una puesta en práctica del Convenio más acorde con los estándares internacionales y otorgar mayores precisiones, también son instrumentos que, debido a su corta historia, aún no pueden ser evaluados. Sin embargo, es claro que el debate en torno a la aplicación del Convenio está abierto y seguirá presentando desafíos para el ordenamiento jurídico y la institucionalidad estatal.

Desafíos

1. *La falta de acuerdo para definir la susceptibilidad de afectación directa y su implicancia sobre las medidas a ser consultadas.*

Considerando que el Convenio establece que los Estados deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas *susceptibles de afectarles directamente*⁹, este concepto pasa a ser esencial, en cuanto constituye la causal que gatilla el procedimiento de consulta o participación.

Durante la discusión del nuevo reglamento, los pueblos indígenas buscaron ampliar la definición establecida en el D.S. N° 124, con el fin de aumentar las causales de afectación directa e incorporar una visión más subjetiva¹⁰. Finalmente, y a falta de acuerdo, el Gobierno decidió separar la conceptualización según el tipo de medida, uniendo las medidas a ser consultadas con la calificación de afectación. De esta forma, para las medidas legislativas actualmente se exige: 1) causalidad directa; 2) impacto significativo y específico, y 3) afectación de sus tradiciones y costumbres ancestrales (incluyendo religiosas, culturales y espirituales), o de sus tierras. Para las medidas administrativas, además de la misma fórmula exigida para las medidas le-

⁹ Artículo 6° del Convenio.

¹⁰ Coordinación Nacional Indígena, "Propuesta sobre reglamento de consulta del artículo 6 y 7 del Convenio 169".

gislativas, se exige: 1) que sean actos formales; 2) que contengan una declaración de voluntad de la autoridad administrativa (y no sean, por ejemplo, actos de mera certificación), y 3) que sean actos donde se ejerza un margen de discrecionalidad, por su naturaleza no reglada¹¹. Por su parte, en el SEIA la afectación directa se incorporó dentro de algunas de las causales que dan lugar a un EIA y, por tanto, dan curso a la participación ciudadana y a la consulta indígena, en su caso¹².

Ante estas definiciones, las críticas se han concentrado en torno a que no se podría hacer una analogía entre la afectación medioambiental con la afectación del Convenio. Asimismo, la exigencia de requisitos adicionales no cumpliría con estándares internacionales, debiendo adoptarse una conceptualización más subjetiva, conforme a las percepciones de los propios pueblos indígenas¹³. Sin embargo, esto podría llevar a consultar prácticamente todas las medidas administrativas y legislativas que incluso indirectamente pudiesen afectar a los pueblos indígenas, lo que es impracticable. Además, una definición subjetiva generaría incertidumbre jurídica y se alejaría de los criterios tradicionales del ordenamiento jurídico chileno.

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que no deben consultarse aquellas normas que sean de carácter general y obliguen a todos los habitantes del país, sin referirse a los pueblos indígenas en

¹¹ Artículo 7°, Decreto Supremo N° 66/2013.

¹² Según lo dispuesto en la Ley N° 19.300 y en los artículos 7°, 8° y 10° del Decreto Supremo N° 40/2013 del Ministerio de Medio Ambiente, para estos efectos, existe afectación directa en los casos de: 1) reasentamiento de comunidades humanas o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, que incluye una consideración especial sobre la duración y/o magnitud de la alteración de las formas de organización social para los pueblos indígenas; 2) la localización y el valor ambiental del territorio, y 3) la alteración del patrimonio cultural, que incluye consideraciones especiales respecto de los pueblos indígenas.

¹³ INDH, "Informe de la misión de observación", 24.

particular¹⁴. Asimismo, en materia medioambiental, la Corte Suprema, en varias oportunidades, ha realizado una correspondencia entre la afectación directa y el impacto significativo requerido para un EIA, donde las comunidades son las que deben explicitar razonablemente la afectación que el proyecto les produce¹⁵.

A nivel comparado, la definición de afectación directa tampoco es un tema pacífico ni totalmente resuelto. En Colombia se ha exigido cierta magnitud y causalidad para que la afectación dé origen a una consulta. Así, la Corte Constitucional ha señalado que para las medidas legislativas, la afectación directa se configura cuando éstas alteran el estatus de la persona o comunidad, positiva o negativamente, específicamente a las comunidades indígenas más allá de la generalidad de los colombianos. En otras palabras, no sólo se requiere la susceptibilidad de afectación, sino que ésta sea *directa*¹⁶. Incluso, la Directiva Presidencial Colombiana incluye, dentro de las acciones que requieren consulta previa, aquellas que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de forma directa y específica¹⁷.

Por lo tanto, el contenido que se le otorgue a la *susceptibilidad de afectación directa* es crucial para determinar cuándo corresponde iniciar una consulta y, a su vez, cuáles son las medidas correspondientes. En la práctica, hoy, para las medidas administrativas, el margen de discrecionalidad exigido permite dejar fuera de la consulta medidas como el otorgamiento de concesiones eléctricas y de dere-

¹⁴ *Corporación de Desarrollo Integral con Superintendencia de Educación* (ROL N° 9868-2013).

¹⁵ Considerandos 13° y 14°. *Mariano Puelma Ñanco con Corema Araucanía* (ROL N° 1525-2010) y considerando 5°. *Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen con Comisión Evaluadora Ambiental, Región de La Araucanía* (ROL N° 1602-2012).

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008 y Sentencia C-169 de 2001.

¹⁷ Directiva Presidencial N°1, 26 de marzo de 2010.

chos de aprovechamiento de agua. La discusión en torno a la naturaleza del acto administrativo mismo entonces adquiere una especial relevancia. Además, si bien la afectación directa incorpora los conceptos de tierra y territorio (en cuanto a las tradiciones y costumbres ancestrales), será en la aplicación práctica que se verá cuán amplio o restringido se consideran éstos¹⁸.

2. La conveniencia de canalizar la consulta de los proyectos de inversión dentro del SEIA

La canalización de la consulta de los proyectos de inversión al SEIA ha generado cuestionamientos así como cierta incertidumbre respecto de cómo y cuándo aplicar la consulta indígena al ingresar un proyecto al SEIA. Desde el 2009, los Tribunales han participado de esta discusión, donde han decidido la procedencia de un EIA para determinados proyectos y calificado si la participación ciudadana cumple con los estándares del Convenio. Por tanto, el nuevo reglamento del SEIA, con el objetivo de otorgar mayor claridad y el cumplimiento de las obligaciones legales, incorporó a los pueblos indígenas dentro de las causales que dan lugar al EIA y estableció elementos específicos para la consulta indígena. Sin embargo, para la Mesa de Consenso, este diseño fue uno de los temas sin acuerdo.

Más allá de reparos específicos en torno a la regulación del SEIA, respecto por ejemplo de los términos empleados o de los detalles del procedimiento, el desafío está en determinar si la consulta indígena puede canalizarse por la legislación sectorial, como en su momento lo determinó el Tribunal Constitucional. Para los representantes indígenas,

¹⁸ Cabe señalar que el reglamento sólo cubre al Gobierno y no a los otros poderes del Estado o a los órganos constitucionalmente autónomos. Con esto, por ejemplo, la aplicación de la consulta indígena en el otorgamiento de concesiones mineras, dado que no constituyen una medida administrativa o legislativa y que son otorgadas por el Poder Judicial, ha quedado fuera del espectro de la consulta.

los proyectos de inversión no deberían consultarse dentro del procedimiento ambiental. En primer lugar, debido a que la institucionalidad ambiental restringiría la puesta en práctica de la consulta, al no contemplar una etapa previa de participación, que tome lugar en las etapas iniciales de planificación, antes del ingreso del proyecto al SEIA. En segundo lugar, para dichos representantes las mitigaciones, reparaciones y compensaciones de la regulación ambiental no se condicen con las necesidades de los pueblos indígenas, especialmente en los temas económicos y sociales que van más allá de lo ambiental¹⁹. Por lo tanto, para los pueblos indígenas, canalizar la consulta indígena por un camino autónomo se ve como una manera de sacarla de la lógica de las externalidades bajo la cual se estructura el modelo ambiental y visualizarla en su dimensión de derechos.

Sin embargo, la canalización de la consulta dentro del sistema ambiental es una alternativa que busca cumplir no sólo con las obligaciones del Convenio, sino que también con las obligaciones legales de la Ley N° 19.300. Dado que en materia medioambiental se ha tendido hacia un sistema de ventanilla única para el otorgamiento de los permisos ambientales, la incorporación de la consulta indígena dentro de la ley sectorial también apunta en esa dirección. Por otra parte, considerando que tanto la legislación ambiental como la consulta se estructuran en base a la *afectación*, si bien su contenido específico puede ser diferente, existe una coherencia normativa que permite crear relaciones en sus procedimientos prácticos. Esto no implica

¹⁹ Esta discusión se está dando en Chile y a nivel comparado. Por ejemplo ver: *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012). Asimismo, en Noruega, el Act of 19 June 2009 No. 101 ha establecido que respecto de Finnmark, región administrada bajo un estatuto especial en consideración a la población Sami, las actividades preliminares para analizar los minerales deben ser notificados al Parlamento Sami, entre otros.

subsumir la consulta en la normativa ambiental para diluirla y restringirla, sino que incorporarla y confiriéndole la especificidad y las garantías que corresponden. Asimismo, mientras no exista y se consolide en la práctica una institucionalidad única a cargo de la consulta, como se discutirá a continuación, lo más conveniente es mantener el diseño actual, especialmente considerando las especificidades técnicas requeridas en materia ambiental.

Dentro de este debate, la Corte Suprema no ha cuestionado específicamente que la consulta indígena se canalice dentro del SEIA. Incluso en fallos más recientes en que se determinó que la consulta debía hacerse conforme a los estándares del Convenio (sin especificar cuáles son)²⁰, la Corte no cuestionó que la consulta de los proyectos se radicara en el SEIA.

A nivel comparado, países como Colombia y Canadá (que no es signatario del Convenio) también han incorporado la consulta indígena dentro del procedimiento ambiental. En Colombia, sin embargo, el sistema medioambiental posee mayores flexibilidades en cuanto permite instancias previas de información así como a las alternativas de localización de los proyectos. Por su parte, en Noruega, el primer país en ratificar el Convenio, el Ministerio de Petróleo y Energía mantiene consultas permanentes con la institución representativa del pueblo Sami respecto del otorgamiento de licencias para plantas hidroeléctricas y eólicas, líneas de transmisión y proyectos petroleros.

Una vez que pueda evaluarse el funcionamiento del nuevo reglamento, el desafío radica en identificar las mejoras que pudieran implementarse para legitimar esta opción. El establecimiento de una instancia previa de participación ciudadana o la

²⁰ Sentencias Corte Suprema: *Parque eólico Chiloé* (ROL N° 10.090-2011) y *Sondaje de prospección Paguanta* (ROL N° 11.040-2011).

regulación de los aportes por parte de los proyectos de inversión a las comunidades locales deben ser analizados tomando en cuenta a los actores privados, las comunidades indígenas y al Estado. La experiencia comparada demuestra que este tipo de temas, y otros de similar naturaleza, forman parte de la discusión, como se ha visto en Colombia²¹ y en Perú²².

3. Las complejidades para determinar las instituciones representativas indígenas

El proceso de consulta sobre el mecanismo de consulta llevado a cabo entre los años 2011 y 2013 dejó en evidencia los altos costos de transacción implicados en la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. La atomización de los liderazgos indígenas y la desformalización de su organización agregaron complejidades al proceso de negociación. La Mesa de Consenso sufrió numerosas bajas por parte de los representantes indígenas y situaciones similares se evidenciaron en la consulta del SEIA, lo que trajo aparejados cuestionamientos a la legitimidad del proceso y dejó abierta la puerta para el desconocimiento de la regulación establecida. La certeza jurídica buscada en torno a la consulta pasa entonces por avanzar con los pueblos indígenas en el establecimiento de una institucionalidad propiamente indígena, que determine cuáles son dichas instituciones representativas y quiénes son los interlocutores válidos en cada nivel.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011.

²² Legislaciones como la Ley de Canon Minero en Perú, que fija la transferencia monetaria a los gobiernos locales y regionales basado en los ingresos y rentas obtenidos por la explotación de recursos mineros, no necesariamente ha llevado a una mejoría en las condiciones de las comunidades locales, especialmente por problemas de gestión. Además, los pagos directos a las comunidades pueden traer aparejados corrupción y tráfico de influencias. Ver Fernández & De la Piedra, "Implementación y evolución de los derechos", 127-129.

A nivel comparado, el caso noruego demuestra que, si bien condicionado por la realidad de una sola etnia, contar con una institucionalidad fuerte facilita la consulta y permite a los pueblos indígenas fortalecer su posición. Lo interesante del caso es que, para efectos de la consulta, en el año 2005, el Estado y el Parlamento Sami²³, interlocutor oficial de dicho pueblo, llegaron a un acuerdo respecto de los procedimientos —el que se ha ido revisando a través de los años—, canalizando la consulta vía el Parlamento, aun cuando se permite consultar a grupos específicos para temas particulares. Actualmente, se estima que se efectúan entre 30 y 40 consultas al año, lo que ha permitido fortalecer esta institución como representativa e interiorizar al Estado en los temas del pueblo Sami²⁴.

Respecto de cómo determinar cuáles son las instituciones representativas, la OIT ha señalado que deben ser los propios pueblos indígenas los que las determinen mediante un proceso interno propio, y se deben, además, considerar *todas las instituciones representativas*²⁵. Para el caso chileno, ello implica consultar, conforme al actual reglamento, no sólo a las 3.213 comunidades (con 125.033 socios) y 1.843 asociaciones (con 69.660 socios) indígenas

²³ A diferencia de Chile, el Parlamento Sami es un órgano compuesto sólo por representantes electos por dicho pueblo, convirtiéndolo en una institución representativa propiamente tal, que tiene además responsabilidades administrativas. En Chile, el actual Consejo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) está compuesto por ocho consejeros de los pueblos indígenas (cuatro mapuches, un aymara, un rapa nui, un atacameño y uno con domicilio en un área urbana) y ocho representantes del Gobierno, más el Director Nacional de la Conadi, quien lo preside.

²⁴ Government of Norway, "Overview of Norway's follow-up of the report on the situation of the Sami people", 2013; y Ministry of Local Government, "Report on Convention no 169", 2008.

²⁵ Consejo de Administración OIT, 289ª reunión, marzo de 2004.

locales inscritas conforme a la Ley Indígena²⁶, sino que también otras formas de organización que existen más allá del reconocimiento legal. Sin embargo, el desafío persiste en cómo determinar cuáles son las instituciones representativas a ser consultadas a nivel nacional, regional y local.

Una alternativa es la experiencia australiana, donde el *Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner* propuso la creación de un nuevo órgano nacional representativo de los pueblos indígenas. Lo interesante es que, siguiendo el principio de que son los propios pueblos los que deben determinar su forma de organización, se establecieron sólo principios básicos para luego mostrar opciones para que los propios pueblos indígenas decidieran los posibles roles y funciones, la forma de estructuración local, regional y nacional, y la manera de relacionarse con el gobierno de dicho órgano²⁷.

En este sentido, la propuesta de creación en Chile de un Consejo de Pueblos Indígenas —proyecto enviado al Congreso el 2009— no cumple con el principio señalado anteriormente. En lugar de permitir que los pueblos indígenas decidieran sobre la estructura y funciones del Consejo, el Gobierno consultó el proyecto una vez que estaba diseñado hasta en sus últimos detalles. Además, si bien avanza hacia una institución representativa identificable y legítima, la propuesta apunta sólo a una macroestructura nacional, pudiendo evaluarse la creación de consejos por pueblos, con una estructura similar a la de federaciones y confederaciones laborales, que permita reflejar la diversidad cultural existente entre los mismos pueblos indígenas.

²⁶ Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas, Conadi.

²⁷ OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, 69-72.

4. El establecimiento de una institución única en el Poder Ejecutivo responsable de la consulta

Actualmente, cada órgano responsable de la medida administrativa o legislativa correspondiente debe coordinar y ejecutar la consulta²⁸. La dispersión en la realización de la consulta puede transformarse en otra fuente de incertidumbre en términos de la interpretación del concepto de afectación directa y la determinación de las medidas a consultar. Además, esta dispersión puede generar problemas prácticos sobre las comunidades, en cuanto pueden verse sujetas al mismo tiempo a múltiples consultas llevadas a cabo por distintos órganos.

Aun cuando el reglamento asigna roles más preponderantes tanto al Ministerio de Desarrollo Social (MDS) como a la Conadi, ellos no son finalmente los responsables de ejecutar cada procedimiento de consulta. Si bien la Subsecretaría de Servicios Sociales del MDS puede tener un rol importante en precisar el concepto de afectación directa y determinar las medidas a ser consultadas, su actuación dependerá de si el órgano responsable de llevar a cabo la consulta le solicita un informe sobre la procedencia de la misma. Además, la Subsecretaría no tiene una especialización en el tema indígena ni particularmente en el Convenio, rol que hoy en parte cumple la Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

A nivel comparado, destaca el caso de Colombia, donde se estableció una Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, encargada de realizar las convocatorias y dirigir el procedimiento de consulta²⁹. Por lo tanto, así como en Chile se ha avanzado hacia que el SEIA sea una ventanilla única, la existencia de una institucionalidad encargada de los procedimientos de consulta permitiría otorgar

²⁸ En el mismo sentido, ver: Dockendorff & Egaña, "Consulta indígena: ¿Ahora por fin?".

²⁹ Decreto Presidencial N° 2613 de 2013.

mayor certeza, generar confianzas con los pueblos indígenas, unificar los criterios y coordinar plazos y tiempos. Esta discusión cobra especial relevancia en vista del anunciado proyecto de ley que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas, institución respecto de la cual debe determinarse qué rol (responsable, asesor o instancia de decisión) va a cumplir respecto de la consulta³⁰.

5. La alternativa de una regulación por ley de la consulta y participación

La falta de precisiones del Convenio en materia de consulta, unida al principio de flexibilidad del mismo, han generado la necesidad de contar con normativa adicional en el derecho interno³¹. Si bien los actuales reglamentos constituyen importantes avances, no cierran la puerta a la judicialización tanto respecto de los proyectos de inversión como de la normativa misma³². Más allá de las razones jurídicas sobre la conveniencia de contar con una regulación legal, existen asimismo argumentos prácticos sobre su conveniencia. El principal beneficio de una ley es la certeza jurídica que traería aparejada, producto de su permanencia en el tiempo y del hecho de que asienta y les da contenido a los conceptos fundamentales. Asimismo, la ley permitiría regular la consulta respecto de organismos autónomos del Estado, que, aunque escapan del ámbito de regulación del D.S. N°66, no están exentos del deber de consulta, incluyendo el Poder Legislativo³³. El mis-

³⁰ Esta iniciativa forma parte del Programa de Gobierno de Michelle Bachelet y de los 50 compromisos para los primeros 100 días de su Gobierno.

³¹ Contesse, "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT", 226.

³² El D.S. N° 40 ya ha sido objeto de un recurso de protección (*León Bacian y Otro con Servicio de Evaluación Ambiental 2012*, ROL N° 19995-2012) y de un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, ROL N° 2523-2013).

³³ Si bien las medidas legislativas deben ser consultadas, hoy sólo las iniciativas presentadas por el Presidente

mo Tribunal Constitucional ha reiterado la necesidad de que los órganos colegisladores establezcan una regulación de la consulta que entregue directrices claras en cuanto a su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características³⁴.

En todo caso, cabe señalar que la dictación de una ley no asegura una aplicación sin sobresaltos. En el caso peruano, la aprobación de la Ley de Consulta Previa no ha significado una mejora inmediata en la puesta en práctica del Convenio ni la consolidación del procedimiento de consulta. Ahora bien, la discusión de un proyecto de ley debe estar necesariamente acompañada por un análisis crítico de los desafíos que implica. En primer término, debería acotarse a la consulta y la participación como se hizo en Perú³⁵. Dada la complejidad de los temas involucrados, en vez de intentar incluir y solucionar todos los temas indígenas, ir paso a paso parece ser lo más recomendable. Además, la aprobación de una ley no puede darse sin antes examinar sistemáticamente cómo han funcionado las nuevas regulaciones y cuáles son los temas pendientes, tomando en cuenta las implicancias generadas por la consulta en el ordenamiento jurídico y en toda la institucionalidad estatal.

Conclusión

Tanto en Chile como a nivel comparado, la puesta en marcha del Convenio ha pasado a ser un desafío institucional y legal, donde no existe un modelo único. Hoy, a pesar de los avances, quedan

de la República son consultadas antes de su envío al Congreso, ya que el Poder Legislativo no ha establecido un procedimiento de consulta que cubra las mociones parlamentarias.

³⁴ Considerando 23°, Tribunal Constitucional, ROL N° 2523-2013. El recurso fue declarado inadmisibile. En el mismo sentido, Considerandos 22° al 24°, Tribunal Constitucional, Sentencia de 23 de enero de 2013, ROLES N° 2387-12 y 2388-12.

³⁵ Ley N° 29.785 de 31 de agosto de 2011.

grandes temas pendientes para hacer efectivo el Convenio en la institucionalidad vigente. Las propuestas señaladas buscan contribuir a la discusión, tomando en cuenta la práctica chilena y también experiencias relevantes de otros países. Finalmente, y tomando en cuenta que las mejoras se han venido dando más bien en una suerte de ensayo y error, la puesta en marcha del Convenio requiere que sus próximos avances se efectúen de forma paulatina.

Bibliografía

- Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.
- Contesse, Jorge. "El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación", en *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*, Ed. Jorge Contesse. Santiago: Ediciones Diego Portales, 2012.
- Consejo de Administración OIT, 289ª Reunión, marzo de 2004. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3.
- Donoso, Sebastián & Claudia Hernández. "Participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como Consulta Indígena: Alcances a la jurisprudencia de la Corte Suprema". *Serie Informe Sociedad y Política* N° 136. Santiago: Libertad y Desarrollo, octubre 2013.
- Dockendorff, Eduardo y Rodrigo Egaña. "Consulta indígena: ¿Ahora por fin?" INAP, Universidad de Chile. Consultado el 7 de abril de 2014. <http://www.inap.uchile.cl/columna-de-opinion/1238-consulta-indigena-iahora-por-fin.html>
- Fernández, Andrés y Cristhian de la Piedra. "Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169". *Estudios Públicos* 121 (2011): 71-132.
- Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. "Observación General sobre el Convenio Núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales". 79a reunión. Ginebra: OIT, 2008.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. "Informe de la misión de observación de la Mesa de Consenso Indígena". INDH, 2013. Consultado el 7 de abril de 2014. <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1>

OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. OIT: 2009. Consultado el 7 de abril de 2014. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

Leyes, jurisprudencia y documentos oficiales

Normas nacionales:

Decreto Supremo N° 124 de 2009, Ministerio de Planificación y Cooperación.

Decreto Supremo N° 66 de 2013, Ministerio de Desarrollo Social.

Decreto Supremo N° 40 de 2013, del Ministerio de Medio Ambiente.

Ley N° 19.300 del 13 de noviembre de 2010. "Ley sobre bases generales del medio ambiente".

Normas internacionales:

Act of 19 June 2009 No. 101 relating to the acquisition and extraction of mineral resources ("The Minerals Act"). Kingdom of Norway.

Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional del Trabajo.

Decreto Presidencial N° 2613 de 2013, por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa. Presidencia de la República. República de Colombia.

Directiva Presidencial N° 1 de 2010. Presidencia de la República. República de Colombia.

Ley N° 29.785 de 31 de agosto de 2011. "Del Derecho a la consulta previa". República de Perú.

Jurisprudencia nacional:

Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Antofagasta: Corte Suprema, 13 de julio de 2011. ROL N° 258-2011.

Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen con Comisión Evaluadora Ambiental, Región de La Araucanía: Corte Suprema, 8 de junio de 2012. ROL N° 1602-2012.

Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente, Región de los Lagos: Corte Suprema, 22 de marzo de 2011. ROL N° 10.090-2011.

Corporación de Desarrollo Integral Mapuche We Malal con Superintendencia de Educación: Corte Suprema, 20 de noviembre de 2013. ROL N° 9868-2013.

Mariano Puelma Ñanco con Corema Araucanía: Corte Suprema, 17 de mayo de 2010. ROL N° 1525-2010.

León Bacian y Otro con Servicio de Evaluación Ambiental: Corte de Apelaciones de Santiago. ROL N° 19995-2012 (pendiente).

Marcelo Condore Vilca y Otros con Directora Servicio Evaluación Ambiental, Primera Región de Tarapacá: Corte Suprema, 30 de marzo de 2012. ROL N° 11.040-2011.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 04 de agosto de 2000. ROL N° 309-2000.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 23 de enero de 2013. ROLES N° 2387-12 y 2388-12.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-2013.

Jurisprudencia internacional:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-169 de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030 de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011.

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones.

Documentos oficiales:

Coordinación Nacional Indígena. "Propuesta sobre reglamento de consulta del artículo 6 y 7 del Convenio 169." Consultado el 7 de abril de 2014. <http://www.consultaindigena.cl/propuestas/Contrapropuesta.pdf>

Government of Norway, Kingdom of Norway. "Overview of Norway's follow-up of the report on the situation of the Sami people in the Sami Region of Norway, Sweden and Finland by the UN Special Rapporteur on the rights of indigenous people", 2013. Consultado el 7 de abril de 2014. http://www.regjeringen.no/upload/KMD/SAMI/Same/Oversikt_oppfolging_FNs_spesialrapp.pdf

Mesa de Consenso, Consulta Indígena. Consultado el 7 de abril de 2014, www.consultaindigena.cl

Ministerio de Medio Ambiente y Servicio de Evaluación Ambiental, República de Chile. "Informe final. Proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA, guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios", 2012. Consultado el 7 de abril de 2014: http://www.sea.gob.cl/archivos/contenidos/02_Informe_Final_Consulta_Indigena_RSEIA_SEA.pdf

Ministry of Local Government and Modernization, Kingdom of Norway. "Report on Convention no 169 concerning indigenous and tribal people", 2008. Consultado el 7 de abril de 2014. http://www.regjeringen.no/nb/dep/kmd/tema/samepolitikk/internasjonalt_urfolksarbeid/report-on-convention-no-169-concerning-i.html?id=548646

Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas, Conadi. Consultado el 7 de abril de 2014. <http://www.conadi.gob.cl/index.php/registro-de-comunidades-y-asociaciones-indigenas>