



Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Dakeltun. En búsqueda de un acuerdo a la luz del Convenio N°169 de la OIT

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autora: Alfonsina Peña Castro

Profesora Guía: Sra. Amaya Álvez Marín

Índice

Introducción	4
Capítulo 1: Autodeterminación Indígena como principio inspirador de la consulta indígena.....	7
1.1 Fuentes normativas de la Libre determinación Indígena	8
1.2 Alcances de la expresión “Libre determinación Indígena” en relación a la Consulta.....	10
Capítulo 2: Consulta, estándares internacionales y sus mecanismos de control.	19
2.1 Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Antecedentes.....	19
2.2 Estándares Internacionales y sus Mecanismos de Control.....	24
2.3 Aportes del Sistema Interamericano de derechos humanos al esclarecimiento del deber de consulta.....	36
Capítulo 3: La Consulta en el ámbito interno, debates y desafíos.....	43
3.1 Recepción y jerarquía de los tratados internacionales en Chile	43
3.2 Bloque de constitucionalidad: ¿Una forma de migrar los derechos colectivos de los pueblos originarios?	47
3.3 Control de Convencionalidad como mecanismo para aplicación de la Consulta.....	52
3.4 Tribunal Constitucional y consulta: “¿Una forma de recabar opinión?”.....	58
3.5 La Corte Suprema frente la consulta indígena	63
1. Caso de la Línea de Transmisión Melipeuco-Freire.....	63
2. Caso Comunidad Indígena Antonio Huenuñaco	64
3. El caso del ducto celco.	66
5. Caso del Parque Eólico Chiloé,.....	67
5. Caso comunidad Huascoalinos	68
7. Caso Pascua Lama	70
Capítulo 4: “La Consulta de la Consulta”	74
4.1 Generalidades.....	74
4.2 Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación, el inconsulto antecesor jurídico del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social.	76
4.3 Proceso de consulta sobre la reglamentación de la consulta.	79
4.3.1. Debe realizarse en forma previa.....	81
4.3.2. Procedimientos apropiados.	91
a) Primera Etapa. Consulta sobre Institucionalidad Indígena: “Crónica de una muerte anunciada”	92

b) Segunda etapa: Mesa de Consenso	95
4.3.3. Debe realizarse de buena fe.....	109
4.3.4 Instituciones Representativas.	113
4.3.5. Su objetivo o finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.	136
Conclusiones.....	146
Bibliografía.....	152
Anexos.....	163



Introducción

“La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, es un principio general del derecho internacional”¹

La consulta indígena, viene a establecerse en el derecho internacional como una medida de resarcimiento por todas las vulneraciones que han sufrido los pueblos indígenas de sus derechos fundamentales a lo largo de la historia. Ésta, se concreta como un medio establecido a favor de ellos, para participar plenamente en las decisiones que le afectan, por ello es la piedra angular del Convenio N°169 de la OIT².

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha señalado que su propósito no es de forma, si no de fondo, puesto que su finalidad última es que los pueblos indígenas puedan participar efectivamente en su propio desarrollo³.

El Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, publicado el 14 de octubre del mismo año y entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009⁴. En la práctica, desde su ratificación, el deber de consulta ha sido uno de los ejes más discutidos del Convenio, por la jurisprudencia⁵.

La presente investigación tiene por objetivo, responder **¿Cómo se ha reglamentado en Chile el deber de consulta, desde el año 2009 hasta el 2013 a la luz del Convenio N°169 de la OIT?**

Para ello, este informe de investigación se estructura en 4 capítulos. El primer capítulo se refiere a la autodeterminación indígena y su relación con el deber de consultar.

¹ Corte IDH, Sarayaku vs. Ecuador, de 27 de junio de 2012, párrafo 164.

² OIT, “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169)”, 2013, p11, en http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 10 de septiembre de 2013]

³ OIT- CEACR, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Referencia: ILC.100/III/1ª, Fecha de publicación: 16 de febrero de 2011. p864, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

⁴ Convenio 169 de la OIT, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, entrando en vigor en nuestro país, el 15 de septiembre de 2009, en <http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf> [visitado el 19 de mayo de 2013]

⁵ CONTESE, Jorge, LOVEIRA, Domingo “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento”, en Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, 2011, p.127-166

En el segundo capítulo, se tratan los estándares del derecho internacional, que son aplicables en materia de consulta.

En el tercer capítulo se hará reseña de la recepción del deber de consulta, por el ordenamiento jurídico chileno. A modo de muestra se comentarán algunos fallos de la Corte Suprema, para comprender su criterio en relación a la consulta.

Y por último, en el cuarto capítulo, se analizará un caso de relevancia jurídica a fin de responder a la interrogante de la investigación. Éste es, el proceso de génesis normativo que se llevó a cabo para obtener un nuevo reglamento de consulta indígena, la “consulta de la consulta”. Se mencionará a modo de antecedente la reglamentación de la consulta vía el Decreto Supremo N°124 del MIDEPLAN, que fue publicado el 25 de septiembre de 2009.

Para ello, se utilizaron fuentes primarias como el Convenio N°169 de la OIT, el decreto supremo N°124 del MIDEPLAN, y el decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social. Así como fuentes secundarias, Recomendaciones del Comité de Expertos de la OIT, del relator especial de la ONU, publicaciones de la OIT, libros y publicaciones en revistas.

Con el fin de conocer más a fondo cómo fue la consulta en estudio, se recurrió a la utilización de la entrevista como instrumento empírico. De esta forma, se realizaron entrevistas semiestructuradas con preguntas abiertas, a personas que participaron en el proceso de la consulta y a estudiosos del tema. Estas personas son:

La Sra. Laura Seelau, Licenciada en Derecho por la Universidad de Arizona, y Master en Estudios Latinoamericanos, por la misma Universidad, coordinadora del “proyecto para libre determinación indígena”.

El Sr. Cristián Sanhueza, Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Diplomado en Pensamiento Contemporáneo, egresado de derecho en la Universidad Diego Portales, asesor de las comunidades indígenas en el proceso de consulta sobre la consulta.

El Sr. Daniel Maribur, mapuche, asesor del consejo de Lonkos de la comuna de Arauco, participante de la consulta sobre la consulta.

El Sr. Julio Anativia, abogado, Director Regional de CONADI en la Región del Bio-Bío.

El Sr. Marcial Colín, mapuche, Licenciado en Educación por la Universidad Católica de Chile, actualmente profesor en la Universidad Bolivariana en la carrera de Pedagogía Intercultural Bilingüe, Consejero de la CONADI, presidente de la Comisión de consulta de la CONADI.

En consecuencia este informe de investigación presenta el desarrollo del estudio realizado sobre la base de la revisión de los distintos decretos generados en relación con la consulta indígena y la contrastación en la información obtenida a través de los diferentes informantes.



Capítulo 1: Autodeterminación Indígena como principio inspirador de la consulta indígena.

El desarrollo y participación de los pueblos indígenas, a lo largo de la historia, se ha visto marcado por variadas transgresiones y violaciones a sus derechos fundamentales.⁶ Históricamente, la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, se ha elaborado *“de arriba hacia abajo”*, siendo éste y sus órganos, quienes han determinado cómo van a participar los pueblos originarios, en la vida nacional⁷.

Lo dijo Francisco Vitoria en el siglo XVI, en su obra *De indis*, en la que dedara que *“los indios no son seres inferiores a los que es legítimo esclavizar y explotar sino seres libres, con iguales derechos que los españoles y dueños de sus tierras y bienes”*⁸

Pensamiento adelantado para su época, que hoy denominamos principio de autodeterminación de los pueblos.

Los primeros instrumentos jurídicos internacionales, en recoger este principio, fueron el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos⁹, en su Artículo 1. *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”* y también en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰.

Con dicha definición, la sociedad internacional reconoce este derecho a un sujeto colectivo, “los pueblos”. En este sentido, se puede señalar que un pueblo *“es un grupo de personas con características comunes, por razones de historia, lengua, etnia, pasado, vivencias, aspiraciones*

⁶ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT”, año 2009, p.32, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 28 de agosto de 2013]

⁷ SANHUEZA, Cristián “La Consulta previa en Chile: Del dicho al hecho” *Derecho y Pueblo Mapuche, aportes para la discusión*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013, p.222.

⁸ GUERRERO, Nicéforo “Francisco de Vitoria en torno a la conquista de América”, en <http://ols.uas.mx/PubliWeb/Articulos/Francisco-de-Vitoria-Entorno-a-la-Conquista-de-Am%C3%A9rica.pdf> [visitado el 28 de Agosto de 2012]

⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Promulgado en Chile, el 30 de noviembre de 1976, publicado el 28 de abril de 1989. Decreto 778, Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. Promulgado en Chile el 28 de abril de 1989, publicado el 27 de mayo de 1989. Decreto 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

comunidades, etc.”¹¹. En consecuencia y situándose en el contexto histórico de dichos instrumentos jurídicos, cabe señalar que en ellos se hace referencia a los Estados, como entes titulares del derecho, siendo dicha interpretación la que incitó la descolonización de África y Asia¹². Así, es pertinente, aclarar que el concepto de “pueblos” que utilizan los pactos, está haciendo referencia a los estados como sujetos titulares y no a los indígenas como pueblos¹³. Para graficar esta idea, resulta esclarecedor, el uso del término que hace la Carta de las Naciones Unidas, en cuyo preámbulo establece que “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a...”¹⁴, es decir aduciendo a los Estados como titulares de la libre determinación, como estados soberanos.

1.1 Fuentes normativas de la Libre determinación Indígena

En cuanto a la autodeterminación indígena propiamente tal, el instrumento jurídico internacional que la instituye en forma expresa, es la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. En su artículo 3° dispone: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”*¹⁵

Esta declaración, surge en 1982, cuando la subcomisión de derechos humanos de la ONU, dio los primeros pasos, preparado el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Finalmente, culmina este proceso el 29 de julio de 2006, cuando el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y recomendó su aprobación por la Asamblea General, que así lo hizo el 13 de septiembre de 2007¹⁶. El proceso de elaboración de esta declaración, contó con la participación de indígenas representantes de todo el

¹¹ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, “La Aparición de los Derechos Colectivos y los denominados de tercera generación”, en *El derecho internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica*. Editorial Arazandi SA, España, 2013, p.275.

¹² SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “La libre determinación indígena en la práctica: conceptualizando la libre determinación indígena e identificando estrategias para su implementación” en http://libredeterminacion.org/proldi/presentaciones/presentacion_01.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

¹³ Carta de las Naciones Unidas, 1945, preámbulo.

¹⁴ RODRÍGUEZ César, MORRIS Megan, ORDUZ Natalia, BURITICÁ Paula “La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Estándares del Derecho Internacional” Universidad de los Andes, Bogotá Colombia, 2010, p16 en http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 06 de agosto de 2013]

¹⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobado por la asamblea general de la ONU el 13 de septiembre de 2007. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [visitado el 28 de agosto de 2013]

¹⁶ Pueblos Indígenas y la ONU en <http://www.onu.cl/onu/pueblos-indigenas/> [visitado el 10 de octubre de 2013]

mundo, estando Chile, entre los 144 países que votaron a su favor. Sin embargo es pertinente recordar, que este instrumento jurídico carece de la fuerza vinculante de un tratado internacional, ya que sólo se trata de una declaración.

La libre determinación, en menor medida, (toda vez que no está textualmente establecida), también se encuentra presente en el Convenio N°169 de la OIT¹⁷, lo que se desprende de su artículo 7° *“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”* Es decir, al reconocer la facultad de una comunidad de poder tomar sus propias decisiones, se está reconociendo que existe una comunidad con autodeterminación.

No obstante ello, el Convenio N°169 de la OIT, en su artículo 1.3, establece que *“la utilización del término “pueblos” en el Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”*. Es decir, que el convenio protege los derechos económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales, no obstante, los derechos políticos quedan fuera de su esfera de aplicación.

Esto, en ningún caso se debe entender como una limitación a este derecho, sino como un instrumento jurídico que en cierta medida abre una puerta para la libre determinación y que puede complementar a otros, que la establezcan o regulen¹⁸.

¹⁷ Convenio N°169 de la OIT, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 2008, entrando en vigor en nuestro país, el 15 de septiembre de 2009. Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores en <http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf> [visitado el 19 de mayo de 2013]

¹⁸ OIT “Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual”, Ginebra, 2003, p9, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 19 de mayo de 2013]

1.2 Alcances de la expresión “Libre determinación Indígena” en relación a la Consulta

La libre determinación ha sido definida como *“el reconocimiento de una nueva comunidad política en el seno de la comunidad nacional, con un gobierno propio autogenerado, con competencia y facultades legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo”*.¹⁹ Los pueblos indígenas comparten una identidad cultural propia. Pero no sólo se diferencian por eso, con los demás miembros de la comunidad nacional. El reconocerlos como una sociedad propia, con sus instituciones representativas reflejo de sus creencias, conlleva, reconocerles su derecho a la libre determinación.²⁰

Los autores Laura y Ryan Seelau señalan, que para hablar de autodeterminación, lo primero es preguntarse “¿Quién toma las decisiones que afectan a los pueblos indígenas”? y ellos responden, que siempre que sea posible, deben ser los mismos pueblos quienes decidan respecto a los asuntos que les afectan.

Ellos señalan, que para que sean los mismos pueblos indígenas, quienes deciden respecto a los asuntos que les atañen, primeramente debe reconocerse y asumirse su derecho a la autodeterminación, por parte del Estado. El reconocimiento de este derecho y su efectiva implementación en la realidad, implica una manera distinta de entender las relaciones estatales con los indígenas y una nueva apreciación de la distribución de autoridad²¹.

La autodeterminación es un derecho colectivo, es decir, sus titulares no son personas aisladas, sino, los *pueblos* indígenas. Por esta razón, necesariamente deben ser ejercidos por la comunidad toda, por el grupo en cuestión.²²

¹⁹ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías “Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas” Documento de trabajo N°9, en http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/reconocimiento_constitucional_final.pdf [visitado el 13 de octubre de 2013]

²⁰ GÓMEZ, Magdalena “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” en *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p.144.

²¹ SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “Tomando en serio la libre determinación indígena en Chile: Aprendizajes de las experiencias indígenas en Estados Unidos y su posible aplicabilidad en Chile” en <http://www.libredeterminacion.org/investigacion/ProjectISD-Chile01ESP.pdf> [visitado el 10 de octubre de 2013]

²² CONTESSE, Jorge “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas” en *Informe de Anual de Derechos Humanos 2012*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p.168.

En este contexto, el Derecho Internacional, entrega dichos estándares que reconocen a los pueblos originarios como titulares de éste derecho. Sin embargo, por otro lado, en el ordenamiento jurídico interno, ni siquiera existe el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, demanda que data desde el acuerdo de Nueva Imperial²³.

La ley indígena²⁴ establece mecanismos que les permiten a los pueblos originarios, crear una institucionalidad. Éstos son, las comunidades y las asociaciones indígenas. En este punto, y volviendo al concepto de libre determinación que establece la Declaración de la ONU, “...*En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*”. Es decir, son los pueblos indígenas, el sujeto de derecho encargado de determinar libremente su organización.

En este sentido, las asociaciones indígenas y comunidades indígenas, han sido establecidas por el legislador, desde la óptica del “winka”²⁵, pasando por alto, la cosmovisión de los pueblos. En otras palabras, ha sido el estado quién ha *determinado libremente*, como y de qué manera tienen que organizarse los pueblos indígenas, por medio de una institucionalidad ajena a ellos. Lo cual es reflejo de la concepción *asimilacionista*, que hasta hoy ha imperado en Chile²⁶.

Por consiguiente, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, el derecho que asiste a los pueblos indígenas, a decidir por sí mismos, es prácticamente nulo. Sin embargo, es aquí, dónde la consulta indígena juega un rol relevante. Si bien, ésta no es la solución al problema de la auto determinación, viene a ser un primer paso para avanzar en el ejercicio de este derecho. De esta forma, el relator especial James Anaya, ha señalado que “*la consulta deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular*”²⁷

²³ Acuerdo de Nueva Imperial, compromiso N°1, del entonces presidente don Patricio Aylwin, con los pueblos indígenas para el retorno de la democracia, en http://www.politicaspublicas.net/panel/biblioteca/doc_view/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.raw?tmpl=component [visitado el 15 de octubre de 2013]

²⁴ Ley 19.253 promulgada el 28 de septiembre de 1993 y publicada el 05 de octubre de 1993.

²⁵ Palabra en mapudungun que hace referencia a la persona no indígena.

²⁶ SANHUEZA CUBILLOS, Cristián “La consulta previa en Chile: del dicho al hecho” en *Derecho y Pueblo Mapuche aportes para la discusión*, Centro de derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago, 2013, p222

²⁷ ANAYA, James “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, de 15 de julio de 2009, p.15, párrafo 41, en http://www.politicaspublicas.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 18 de enero de 2014]

En consecuencia, el deber de consulta proviene de la autodeterminación indígena, siendo la segundo, su principio inspirador y derecho fundamental de los pueblos originarios. Para graficar esta idea, los autores Ryan y Laura Seelau, distinguen tres niveles de autodeterminación. Consulta y participación, corresponsabilidad y delegación temática.

En este orden, la consulta y participación constituye el primer paso y forma de llevar a cabo la autodeterminación indígena en la práctica. Esto es así, porque *“si bien los pueblos indígenas no tienen el control total de una situación determinada, tienen la posibilidad de influir en las decisiones.”*²⁸

Siguiendo esta idea, para hablar de una autodeterminación en la última escala, es pertinente hablar de *consentimiento*, es decir, aquella situación en que a los pueblos indígenas les asiste el derecho a decir que no y que su negativa sea vinculante para la autoridad. El derecho a veto, no está contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT, sino para casos excepcionales de reubicación de comunidades en su artículo 16, ya que *“la aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual, el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse”*²⁹

En la experiencia nacional, y siguiendo esta idea de niveles de autodeterminación, se trató de dar el primer paso, haciendo esfuerzos por garantizar un derecho a consulta que cumpla con los estándares internacionales básicos, esto es el Convenio N°169 de la OIT. Esta temática se aborda en el capítulo 4° de la investigación.

Jorge Contesse, advierte que en el camino de los pueblos originarios, de determinar libremente su institucionalidad, se encuentra una dificultad no menor: la diversidad cultural de cada uno de ellos. Las comunidades deben lograr acuerdos sobre su identidad y valores, y la rigidez de nuestro derecho, impide y obstruye la creación de instituciones que tengan la debida pertinencia cultural,

²⁸ SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “La libre determinación indígena en la práctica: conceptualizando la libre determinación indígena e identificando estrategias para su implementación” en http://libredeterminacion.org/proldi/presentaciones/presentacion_01.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

²⁹ OIT, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169)”, 2013, p.17, en http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 10 de septiembre de 2013]

y que por lo mismo sean representativas³⁰. Es decir, cada comunidad indígena, según su cosmovisión y formas de percibir la realidad, coherente con su propia identidad, concebirá una institucionalidad distinta. De esa forma, es necesario comprender que no existen formas de organizarse correctas o incorrectas, sino que cada una obedece a sus rasgos culturales propios.

Otro punto problemático para hablar de autodeterminación, es el temor existente frente al concepto, por la comunidad política en general. Es decir, la idea de la autodeterminación como una amenaza, que tienda a la desintegración política del estado, menoscabando la unidad política. En este sentido, Aparicio Wilhelmi, señala que *“Como concepto del derecho internacional público está claro que la autodeterminación engloba la posibilidad de la secesión para la creación de un Estado nuevo o para la incorporación en uno ya existente. Pero al hablar de la demanda indígena de libre determinación no merece la pena detenerse sólo en tal hipótesis porque, ya sea por posibilismo, estratégico o claudicante, o porque la estatalidad es todavía en muchos casos un universo culturalmente ajeno, si una cosa salta a la vista en la práctica totalidad de las manifestaciones indígenas al respecto es precisamente que se refieren a la vertiente respetuosa de las fronteras estatales, como demanda de autonomía hacia el interior del Estado.”*³¹

En este contexto, cabe destacar la opinión de los autores Laura y Ryan Seelau. Ellos señalan que una interpretación sistemática del artículo 1º del Convenio 169 de la OIT³², junto al artículo 46 de la Declaración de derechos de los pueblos indígenas³³, de la ONU, lleva a entender este principio de autodeterminación, no como la creación de un nuevo Estado completamente autónomo de la Constitución y las leyes, sino como un compromiso que permita el *“reconocimiento de las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de*

³⁰ SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “La libre determinación indígena en la práctica: conceptualizando la libre determinación indígena e identificando estrategias para su implementación” en http://libredeterminacion.org/proldi/presentaciones/presentacion_01.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

³¹ “La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas, el caso de México”, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/124/art/art1.htm#N6> [visitado el 20 de enero de 2014]

³² Artículo 1.3: “La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

³³ Artículo 46: “Nada de lo contenido en la presente Declaración... se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

*su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*³⁴.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿Cómo se expresa la libre determinación en la práctica? Por una parte, existen organizaciones que la propenden y promueven. Una de ellas es Proyecto para la Libre Determinación Indígena (proLDI)³⁵, que tiene a la promoción de este derecho para todos los indígenas del mundo. En el plano nacional, se encuentra el “Pacto por la Autodeterminación Mapuche”³⁶, que busca promover la libre determinación y saldar deudas que el Estado mantiene con el pueblo Mapuche buscando formas de resarcimiento. En este mismo contexto, se encuentra el programa de “política indígena” como un aporte para la discusión de la problemática indígena actual, destacando el derecho a la autodeterminación como una de las cuestiones básicas centrales³⁷. Además de ello, se pueden señalar las “10 taiñ zugu itrofill”³⁸, que asumiendo el escenario político actual Chileno, propone un estado plurinacional.

También, cabe señalar la existencia de agrupaciones que no comulgan con la idea de la libre determinación, sino con la de autonomía y liberación, basada en autonomía territorial, sin subordinación al Estado, como la Coordinadora Arauco Malleco³⁹.

En el plano internacional, se encuentran ejemplos de cómo algunos países han garantizado del derecho a la libre determinación. Uno de ellos es Bolivia, que volvió ley la declaración de los pueblos indígenas de la ONU, reforzando considerablemente este derecho, al otorgarle fuerza

³⁴ (Preámbulo Convenio N° 169 de la OIT) SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “La libre determinación indígena en la práctica: conceptualizando la libre determinación indígena e identificando estrategias para su implementación” en http://libredeterminacion.org/proldi/presentaciones/presentacion_01.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

³⁵ Proyecto para la Libre determinación indígena, en <http://libredeterminacion.org/proldi/> [visitado el 10 de octubre de 2013]

³⁶ Pacto por la Autodeterminación Mapuche, en http://www.mapuchenewen.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=68:pacto-por-la-autodeterminacion-&catid=1:noticias&Itemid=50 [visitado el 10 de octubre de 2013]

³⁷ El programa de política indígena, es una organización autónoma, que nace al interior de la corporación proyectamérica, pero actualmente está al alero de la fundación Felipe Herrera. En <http://www.politicaindigena.org/index.php> [visitado el 13 de octubre de 2013]

³⁸ 10 propuestas para un Chile Plurinacional, de la Corporación Mapuche ENAMA, en <http://ena.ma.cl/archivos/Propuesta%20ENAMA%20a%20candidatos%20presidenciales.pdf> [visitado el 15 de noviembre de 2013]

³⁹ “El pensamiento emancipatorio de la CAM” en <http://www.weftun.org/ANALISIS/proyectopolitico.html> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

jurídica vinculante a la dedaración⁴⁰. Otros países sostienen el concepto de “plurinacionalidad”, reconociendo la preexistencia de los pueblos indígenas al Estado, así en América Latina da el ejemplo Ecuador⁴¹ y Bolivia⁴².

Las posibles variables que puede adoptar el derecho de autodeterminación, son según el profesor Shin Imai, la soberanía y el autogobierno, la autoadministración y autogestión, la cogestión y gestión compartida, y la participación en el gobierno público⁴³.

Siguiendo al mismo autor, él explica que la modalidad de *Soberanía y el autogobierno*, conlleva la existencia de una autoridad indígena facultada para dictar leyes en un territorio específico, potestad que es anterior a la existencia del Estado mismo. Por otro lado, significa que los tribunales imponen ciertas limitaciones a estos gobiernos, como es el caso de Estados Unidos y Canadá.

La variable de la *autoadministración y autogobierno*, se caracteriza, porque la autoridad indígena no es anterior al Estado, sino que deriva de este, y en ciertos casos, presenta la posibilidad de una base territorial, en la que la autoridad indígena puede dictar ordenanzas sobre asuntos locales.

La *Cogestión y Gestión Compartida* Representa una forma de organización, en la que el gobierno accede a las tierras indígenas, mediante una comisión integrada por miembros del gobierno e indígenas. Este tipo de estructura facilita ampliamente la colaboración entre las partes, y es lo que se da en Canadá, por ejemplo⁴⁴.

Y por último, la *Participación en el Gobierno Público*, Que implica la participación indígena en el gobierno político dominante, ya sea mediante puestos en el Congreso Nacional o gobierno

⁴⁰ AYLWIN, José “Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, implicancias para Latinoamérica”, en *Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*, Editorial Catarata, 2010, p.7.

⁴¹ Constitución Política de la República de Ecuador, artículo 1 y 183 y siguientes, en <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/titulo03c.html> [visitado el 20 de enero de 2014]

⁴² Constitución Política de la República de Bolivia, artículo 1 y 171 y siguientes, en <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucionbolivia.pdf> [visitado el 20 de enero de 2014]

⁴³ IMAI, Shin “La Libre determinación indígena y el Estado, en Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia”, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262780 [visitado el 01 de diciembre de 2013]

⁴⁴ IMAI, Shin “La libre determinación indígena y los conflictos sobre la tierra y el medio ambiente, el rol del poder judicial” en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180659 [visitado el 01 de diciembre de 2013]

público, como es el caso de los inuit de Nunavut en Canadá, que pueden elegir gobernantes para su territorio, pero estando atados a las leyes federales.

En la experiencia nacional, José A. Marimán, hace una reseña histórica de las organizaciones indígenas que han promovido y buscado la autodeterminación. La primera de ellas es el Consejo de Todas las Tierras, que nace en 1991. Su propuesta se basaba en otorgarle autonomía a las regiones VIII, IX, XIV y X, la que se manifestaría a través de un régimen de co-gobierno con un intendente mapuche y otro chileno que detentaren el mismo poder. Con el transcurso del tiempo, se crean las organizaciones Identidad Lafkenche y Coordinadora Arauco Malleco, en la segunda mitad de los 90, que siguieron los pasos del Consejo de Todas las Tierras. La última organización con ideas autodeterministas es Wallmapuwen, que nace a mediados del 2000. Esta última organización, proponía la existencia de una región mapuche del país (la IX región y comunas adyacentes), con una Asamblea Regional elegida democráticamente por toda la población pluriétnica local, reglamentada por un Estatuto de Autonomía, y regida por un Gobierno Regional Autónomo emanado de dicha Asamblea⁴⁵.

De esta forma, los autores reconocen diversas maneras de ejercer la autodeterminación en la práctica. Como se mencionó con anterioridad, ésta es un derecho colectivo, es decir cuya titularidad corresponde a un grupo determinado y no a personas aisladas. Por lo tanto, en la praxis, hay que determinar quiénes forman parte de dicho grupo y delimitar los criterios para definirlo. Luego, hay que establecer a quiénes les corresponderá ejercer este derecho, o sea, ¿se ejerce por un grupo representativo? o ¿por la comunidad entera?, o ¿por agrupaciones de comunidades?

Siguiendo la idea de que la libre determinación es el principio inspirador de la consulta indígena y ésta una modalidad de la primera, significando un primer nivel de autodeterminación, el Convenio N°169 de la OIT, responde alguna de las interrogantes planteadas con anterioridad.

Éste, establece que la consulta debe realizarse mediante las instituciones representativas de las comunidades. Es por ello, que el carácter de colectivo de la libre determinación, y de todos los derechos que de ella emanan, requieren de la existencia de una institucionalidad indígena, que sea legítima en sus orígenes y que contemple la cosmovisión de los pueblos en su estructura. Es

⁴⁵ MARIMÁN, José A. "La Lucha por la autodeterminación Mapuche en Chile", en <http://www.elciudadano.cl/2013/10/12/87676/la-lucha-por-la-autodeterminacion-mapuche-en-chile/> [visitado el 12 de octubre de 2013]

decir, que ésta, sea reflejo de sus creencias y de sus métodos de organización política propios. En este marco, que las instituciones indígenas son claves para lograr su efectiva realización en la práctica.

Los principales obstáculos que se han visto en la práctica para poder lograr la creación de instituciones representativas de los pueblos autóctonos, son, según Jorge Contesse⁴⁶ *“(1) no se permite incorporar y reflejar valores y creencias ancestrales sobre estructuras de poder en las instituciones indígenas; (2) las instituciones indígenas enfrentan dificultades para planificar y actuar en el largo plazo, y (3) las instituciones indígenas no tienen financiamiento adecuado ni la oportunidad de ser autosostenibles.”*

La libre determinación, es el derecho fundamental más básico, en el que descansan los demás derechos de los pueblos indígenas. *“...el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten, tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados”*⁴⁷. Es por ello, que desde el momento en que el Estado consulta, reconoce a su interlocutor como un ente capaz de decidir por sí mismo, de determinar libremente cuál será el sentido y alcance de la medida legislativa o administrativa susceptible de afectarle. No obstante ello, este ejercicio se hace dentro de los límites establecidos por el Convenio, sin derecho a veto por parte de los consultados y en consecuencia con miras a obtener el consentimiento *en la medida de lo posible*.

Así, en opinión de José Bengoa, el establecimiento del deber de consultar en el Convenio N°169 de la OIT, implica un cambio a las ideas que imperaban antes de él, porque considera a los indígenas *“sujetos de derechos colectivos con capacidad de libre determinar el desarrollo y destino de sus vidas”*⁴⁸

⁴⁶ CONTESSE, Jorge “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas” en Informe Anual de derechos humanos 2011”, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/> [visitado el 12 de octubre de 2013]

⁴⁷ ANAYA, James “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, de 15 de julio de 2009, p.15, párrafo 41, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 18 de enero de 2014]

⁴⁸ BENGEOA, José “Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década”, p.20, en http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/13273/cl1925_P.pdf [visitado el 18 de enero de 2014]

Con la consulta se busca superar el unilateralismo del Estado frente a los pueblos indígenas, dejar atrás el modelo de exclusión. Es por ello, que el ejercicio de la autodeterminación, en un primer nivel, se aprecia en la praxis, cuando la autoridad consulta, por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, respecto a medidas susceptibles de afectarles directamente. De esta forma, la libre determinación se traduce y se ejerce en cierta medida, en la realización de consultas de buena fe.

Como señala Erica-Irene A. Daes, *“El proceso de lograr la libre determinación es continuo, tanto para los pueblos indígenas como para todos los pueblos. Las condiciones sociales y económicas evolucionan constantemente en nuestro complejo mundo, cómo evolucionan también las culturas y las aspiraciones de todos los pueblos. Para que pueblos distintos puedan vivir juntos y en paz, sin explotación ni dominación – sea dentro de un mismo estado o entre dos estados vecinos – tienen que renegociar constantemente los términos de sus relaciones”*⁴⁹ y la consulta, es una buena forma de establecer esta constante renegociación.



⁴⁹ “Seminario Derecho a la Libre determinación de los pueblos indígenas”, en <http://www.papelesdesociedad.info/IMG/pdf/seminarioLibreDeterIndigenas.pdf> [visitado el 14 de enero de 2014]

Capítulo 2: Consulta, estándares internacionales y sus mecanismos de control.

En esta parte de la investigación, se indicará cómo surgió la Organización Internacional del Trabajo, y el Convenio N°169, en su contexto histórico. Se señalarán los diversos mecanismos que ofrece el derecho internacional, para proteger y garantizar el deber de consulta. Es así, como se mencionarán normas de carácter vinculante propiamente tales, y otras que carecen de dicha fuerza vinculante, pero que constituyen principios importantes que sirven para comprender e ilustrar a las partes involucradas cuando debe realizarse una consulta.

2.1 Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Antecedentes.

Con el fin de la primera guerra mundial, y producto de las atrocidades que habían impactado al mundo entero, como parte del tratado de Versalles, en 1919 se crea la Organización Internacional del Trabajo. Su nacimiento se origina con la creación de la “Liga de las Naciones”, entidad que entre sus funciones, tuvo la de crear la Organización Internacional del Trabajo. Entre las metas de esta organización, la primordial, era la de promover la paz social. También, estaba la de mejorar las condiciones laborales y de vida de los pueblos en el mundo, y eliminar las formas de discriminación en el trabajo. Con el transcurso del tiempo, y los nuevos conflictos y realidad política y social en el mundo, al finalizar la segunda guerra mundial se crea la ONU, en 1945. Es así, como la OIT se volvió una oficina especializada de ésta⁵⁰, lo cual se mantiene así hasta hoy.

La Organización Internacional del Trabajo, es una organización tripartita, es decir, está compuesta por representantes de trabajadores, empleadores y desde luego los estados⁵¹. En este sentido, difiera de las demás organizaciones que se encuadran en el seno de la ONU, ya que trabajadores, empleadores y los estados, son “mandantes de la OIT”⁵², quienes juegan un rol importante y protagónico en los procedimientos llevados a cabo por la organización. Esta agencia especializada de la ONU, busca guiar y asistir a los Estados, para la implementación y forma de entender sus

⁵⁰ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una guía sobre el Convenio 169”, 2009, p.174, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 17 de noviembre de 2013]

⁵¹ Orígenes e Historia de la OIT, en <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm> [visitado el 15 de octubre de 2013]

⁵² OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, una guía sobre el Convenio 169”, 2009, p.174, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 15 de octubre de 2013]

convenios y recomendaciones. Ahora bien, cabe preguntar ¿Por qué entra la OIT a inquietarse por la situación de los pueblos indígenas y tribales? Porque pudo constatar la explotación laboral y la discriminación de la que eran víctimas, observando con preocupación la situación de los llamados “trabajadores nativos” en las colonias europeas, lo que produjo la adopción de normas como el Convenio N°29 sobre el trabajo forzoso en 1930⁵³. Su preocupación por los pueblos indígenas y tribales, queda de manifiesto primeramente, en su Convenio N°107, el cual es adoptado en 1957 por la OIT a petición de la ONU, debido a la debilidad jurídica que existía para proteger y salvaguardar los derechos humanos de dichos pueblos, siendo uno de los objetivos de la OIT, contribuir al desarrollo y promoción de la justicia social en el mundo⁵⁴.

El convenio N°107, es el antecedente del actual convenio N° 169. Fue el primer instrumento jurídico vinculante que se encargó de regular las materias que afectaban la vida de los pueblos indígenas y principalmente de brindarles protección. Trata de forma amplia, temas relativos a la contratación laboral, derecho a la tierra, formación profesional, artesanía e industria, seguridad social, salud, etc. Este convenio, está marcado por su mirada integracionista, propia de la época en la que fue adoptado. Es por ello, que en la década de 1970, la ONU reconociendo y observando la situación de los pueblos originarios en el mundo, puso en duda la utilidad del convenio para garantizar y propender a la protección de sus derechos humanos. Así, el consejo de administración de la OIT, en 1986 llamó a una comisión de expertos, la que condujo que el enfoque del convenio N° 107, con un marcado corte asimilacionista era arcaico y no era idóneo para el mundo en el que se estaba viviendo. En este contexto, nació el Convenio N°169, que fue adoptado por la OIT en el año 1989 y quedó abierto para su ratificación por parte de los Estados. Sin embargo, cabe mencionar que el Convenio N°107, todavía rige en algunos países, en que aún es útil para proteger los derechos de los pueblos indígenas⁵⁵.

En este escenario histórico, nace el convenio N°169 de la OIT. Éste, es una norma jurídica vinculante, constituye un instrumento muy ventajoso para salvaguardar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, encontrando su sustrato, en el respeto de sus formas de

⁵³ OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Num. 169), p11

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 17 de noviembre de 2013]

⁵⁴ Convenio 107 de la OIT, en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm> [visitado el 15 de octubre de 2013]

⁵⁵ Convenio 107, en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm> [visitado el 10 de octubre de 2013]

vida, reconociendo su derecho sobre sus tierras y recursos naturales y volviendo real la posibilidad, de que puedan decidir respecto de los asuntos que afecten sus formas de vida⁵⁶. De esta forma, se aleja de la visión integracionista del pasado Convenio N°107, e identifica a los pueblos originarios, como sujetos de derechos económicos, sociales y culturales.

El Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008⁵⁷, publicado el 14 de octubre del mismo año y entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009⁵⁸. Desde su adopción en 1989, por la OIT, el Convenio N°169 ha estado abierto a ratificación por los estados. Casi 20 años pasaron, para que en Chile se produjera la ratificación de dicho instrumento. Su ratificación, era una de las demandas de los pueblos indígenas desde el retorno de la democracia⁵⁹, compromiso que el estado asume en el Acuerdo de Nueva Imperial⁶⁰, y que luego de una larga discusión parlamentaria, se volvió norma jurídica imperante en nuestro ordenamiento, el 15 de septiembre de 2009. El proceso de ratificación del tratado, no estuvo exento de dificultades, siendo cuestionada su constitucionalidad, en dos ocasiones previas a su entrada en vigencia, ante el tribunal constitucional, las que se analizarán más adelante a modo de antecedente.

El Convenio N°169, es reflejo de una norma jurídica que está inspirada en la creencia de que los pueblos indígenas, tienen los mismos derechos que todas las personas. *“Los derechos de los pueblos indígenas no son derechos «especiales», sino que articulan los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas”*⁶¹. Sin embargo, este reconocimiento implica

⁵⁶ OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Num. 169), p.11.

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

⁵⁷ Mapa de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/mapa-ratificaciones-c169.html> [visitado el 16 de octubre de 2013]

⁵⁸ Convenio 169 de la OIT, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, entrando en vigor en nuestro país, el 15 de septiembre de 2009, en <http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf> [visitado el 19 de mayo de 2013]

⁵⁹ CONTESE, Jorge “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p.191

⁶⁰ Acuerdo de Nueva Imperial, pactado en 1989 por don Patricio Aylwin y representantes de todos los pueblos indígenas del país, que se materializó en la creación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, creada por D.S. 30 del Ministerio Secretaría General de Gobierno de 1990 y la posterior promulgación de la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.raw?tmpl=component [visitado el 19 de mayo de 2013]

⁶¹ OIT, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169)”, 2013, p3, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 19 de mayo de 2013]

también la necesidad de comprender, que los pueblos indígenas y tribales, son titulares de derechos colectivos, por encontrarse unidos bajo las mismas creencias y formar parte de un grupo con la misma identidad cultural. Es así como la mencionada norma internacional, establece mecanismos que permiten proteger estos derechos y además propender a una igualdad de los pueblos originarios en la vida nacional, con el resto de los habitantes de un estado.

Una de las principales innovaciones del Convenio, es la de considerar como sujeto de derecho, a una colectividad, esto es a los *pueblos indígenas*. En este sentido, se aleja de su antecesor jurídico, el Convenio N°107, que hablaba de *poblaciones indígenas*. El concepto de pueblos, es mucho más amplio que el de poblaciones, toda vez que el primero, reconoce la diversidad cultural. Sin embargo, cuando se discutía la adopción de este nuevo Convenio, algunos estados manifestaron su preocupación por este concepto, dentro de los Estados-Naciones, debido a que sostenían que la soberanía nacional, podía llegar a verse afectada⁶². En este sentido, el Convenio N° 169, en su artículo 1° señala que la voz pueblos no se relaciona con el sentido que pueda dársele en el derecho internacional, para hacer alusión a la libre determinación de los Estados, que se reconoce en el pacto de los derechos civiles y políticos, y en el pacto de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, los mecanismos de consulta y participación son un importante avance para lograr la concreción de la autodeterminación en la práctica⁶³.

Además de esto, el convenio habla sobre los *territorios de los pueblos indígenas*, reconociendo sus derechos colectivos al territorio. Es en este contexto, que se realza la importancia de la íntima vinculación existente entre los pueblos originarios y sus territorios, como parte de su identidad cultural, y características especiales propias.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿Por qué los derecho a consulta y participación, son la piedra angular del Convenio 169? La OIT ha señalado en sus publicaciones, que esto es así, porque respecto de estos derechos reposa la aplicación de las demás normas, se exige que los pueblos originarios puedan participar efectivamente dentro de los procesos de toma de decisiones susceptibles de afectarles, por ende, el establecimiento de mecanismos de consulta adecuados, es

⁶² GÓMEZ, Magdalena “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” en “Pueblos Indígenas y derechos humanos”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p.133, en <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/ManualPueblosIndigenas%20U%20Deusto.pdf> [visitado el 10 de enero de 2014]

⁶³ OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica” Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, 2009, p24, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 10 de enero de 2014]

trascendental para asegurar la real participación de éstos y por lo mismo, un efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales.

Esta norma, en su artículo 6°, señala que *“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”

También se encuentra en el artículo 7° N°1, parte final, que establece *“Además dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*

Asimismo, el artículo 15 de dicho convenio en su N°2 señala que *“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección de los recursos existentes en sus tierras”*

2.2 Estándares Internacionales y sus Mecanismos de Control

Sistema Universal	Sistema Americano
OIT: - Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. - Redamaciones ante el Consejo de Administración según los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT.	- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el seno de la Organización de Estados Americanos. (OEA)
ONU: - Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. - Foro permanente para las cuestiones Indígenas - Examen Periódico Universal - Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial	- Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el seno de la Organización de Estados Americanos. (OEA)
Estándares no vinculantes: - Directrices Akwe Kon - Normas de Desempeño 7 - Principios del Ecuador - Banco Interamericano de Desarrollo	

La fiscalización y revisión del cumplimiento del deber de consulta, es realizada por la **Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT**. Esto es así, porque una vez que un país ratifica un convenio, se ve en la obligación de presentar memorias a la OIT (cómo mínimo cada 5 años⁶⁴), en las que indique y explique cuáles han sido las medidas adoptadas para llevarlo a cabo en el respectivo país.⁶⁵ La comisión se compone de 20 expertos, juristas destacados a nivel nacional e internacional. Se reúne todos los años entre noviembre y diciembre y tiene la tarea de indicar en qué medida la legislación y práctica de cada estado está conforme al

⁶⁴ “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989”, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 2013, en http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 10 de septiembre de 2013]

⁶⁵ La Comisión de expertos en el en aplicación de convenios y representaciones. En <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm> [visitado el 13 de octubre de 2013]

Convenio.⁶⁶ Para la confección de las memorias, la OIT insta a los Estados a consultar a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas.

En el informe de la CEACR⁶⁷ del año 2011, al Estado de Chile, la comisión de expertos, reconoció la especial atención que el Estado había brindado al asunto, sin embargo, lo exhortó a responder los comentarios de la CONAPACH (Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile), la CUT (Central Unitaria de Trabajadores de Chile) y de CONAPAN (Confederación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Panificadores), para lo cual debió presentar una nueva memoria durante ese año⁶⁸. Cabe señalar, que el Estado de Chile ya había su primera memoria durante el año 2010, la que no fue consultada a los pueblos indígenas, por lo que el examen debió repetirse el 2011.

Así, en el informe de la CEACR del año 2012, publicado el 2013, *“La Comisión invita al Gobierno a incluir en su próxima memoria indicaciones sobre los resultados de los esfuerzos realizados para adoptar una normativa consensuada que reemplace el decreto supremo núm. 124. La Comisión espera que la nueva normativa asegure la efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente y el pleno efecto de las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 7, 15 y 16 del Convenio.”*⁶⁹

Según los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT⁷⁰, los mandantes tripartitos (gobiernos y organizaciones de trabajadores y empleadores) pueden establecer **reclamaciones ante el consejo de administración** (art 7° de la Constitución de la OIT), por el incumplimiento de un Estado miembro respecto a las normas del Convenio. Este consejo, instará al Estado a pronunciarse sobre la reclamación en un plazo prudencial, y de no recibir una respuesta o de ser esta insatisfactoria, el

⁶⁶ OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión, 2011, en <http://www.ilo.org//> [visitado el 11 de octubre de 2013]

⁶⁷ OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Referencia: ILC.100/III/1ª Fecha de publicación: 16 de febrero de 2011” en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf> [visitado el 13 de octubre de 2013]

⁶⁸ Chile repite examen ante CEACR, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/c169noticias/728-chile-convenio169-chile-repite-examen-2011.html> [visitado el 13 de octubre de 2013]

⁶⁹ OIT-CEACR, “Informe de Observaciones sobre el Convenio N°169 en Chile, 2013”, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/chile-oit/1655-2013-ceacr-oit-chile.html> [visitado el 10 de diciembre de 2013]

⁷⁰ Constitución de la Organización del Trabajo, en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf> [visitado el 08 de Agosto de 2013]

Consejo podrá publicar la reclamación y en su caso, la respuesta del estado infractor. La mayoría de las reclamaciones presentadas, tienen que ver con la probable falta de consulta en lo relacionado con proyectos o medidas que afectan sus tierras⁷¹. Como los indígenas, no forman parte de los mandantes tripartitos, en la práctica se han organizado con sindicatos, haciendo alianzas para presentar reclamaciones⁷².

En segundo lugar, el deber de consultar, también encuentra una fuente normativa en la **Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas**⁷³ de la ONU (UNDRIP⁷⁴ por su sigla en inglés). En su artículo 10° que señala *“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”*. En su artículo 19 que menciona *“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.”* Y por último, en su artículo 28, que señala *“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”*. La declaración, si bien carece de fuerza jurídica vinculante, constituye una forma de presión política para lograr que los Estados den cumplimiento de sus normas⁷⁵ y viene a complementar al Convenio 169 de la OIT tratando temáticas que éste no aborda, como la militarización de las tierras de los pueblos originarios y la

⁷¹ “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989”, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 2013, p.8
http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 08 de agosto de 2013]

⁷² “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989”, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 2013, p.9
http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 24 de noviembre de 2013]

⁷³ Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU (A/61/L.67 y Add1) 61/21. De fecha 13 de septiembre de 2007.

⁷⁴ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

⁷⁵ RODRÍGUEZ César, MORRIS Megan, ORDUZ Natalia, BURITICÁ Paula “La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Estándares del Derecho Internacional” Universidad de los Andes, Bogotá Colombia, 2010, p21, en http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 09 de agosto de 2013]

protección de sus conocimientos tradicionales⁷⁶. Cabe mencionar, además, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, trabaja desde el año 1989⁷⁷ en el Proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷⁸ y un Relator Especial.

Los artículos 41 y 42 de la UNDRIP, están dirigidos al sistema de las Naciones Unidas, para velar por la eficacia de la declaración. Es así, que el artículo 41 señala que *“Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan”*. Y el Artículo 42 dispone que *“Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”*. Es así, que en el sistema de la ONU, se han establecido dos mecanismos significativos para dar cumplimiento a estos mandatos. Ellos son, la “Relatoría especial sobre los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas” y “El foro permanente para las cuestiones indígena”.

Desde el año 2008, el profesor James Anaya⁷⁹ es el **relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, forma parte del sistema de procedimientos especiales temáticos⁸⁰ del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Su tarea consiste en que *“examine las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de conformidad con su mandato, e individualizar, intercambiar y promover prácticas óptimas.”* Además, se le requiere al Relator

⁷⁶ “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989”, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 2013, p10, en http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 09 de agosto de 2013]

⁷⁷ Elaboración del proyecto de declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, en http://www.oas.org/dil/esp/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm [visitado el 10 de octubre de 2013]

⁷⁸ Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, en http://www.oas.org/dil/esp/CP-doc_2878-97_coo1_esp.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

⁷⁹ Mandato del relator especial, en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/sja/mandato-del-relator-especial> [visitado el 13 de octubre de 2013]

⁸⁰ Hace referencia a los mecanismos que contempla el Consejo de Derechos Humanos para hacer frente a situaciones concretas de los países o cuestiones temáticas de todo el mundo, en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

Especial a que *“reúna, solicite, reciba e intercambie información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas” y “formule recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.”*⁸¹

El relator especial de la ONU, James Anaya, redactó un informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Chile de fecha 05 de octubre de 2009, como seguimiento a las recomendaciones del relator anterior. En este informe se reconocen los esfuerzos por avanzar en el reconocimiento de los pueblos indígenas y de reforma constitucional en la materia, sin embargo se hace presente que falta mucho por recorrer en materia de consulta y derecho a tierra, explotación de recursos naturales y políticas relativas a conflictos por las reivindicaciones de los mapuches⁸². Durante el año 2012, el relator hizo presentes recomendaciones al estado, concernientes al nuevo reglamento de consulta elaborado por el gobierno⁸³, las que se analizarán en la presente investigación, más adelante.

El Foro Permanente para las cuestiones indígenas⁸⁴ (UNPFII por su sigla en inglés). Éste se encuentra integrado por 16 expertos independientes, muchos de los cuales también son indígenas. Su finalidad es la de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos y formular recomendaciones al sistema de la ONU a través del Consejo Económico y Social⁸⁵.

⁸¹ Resolución 15/14 de 2010 del Consejo de Derechos humanos, en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/sja/mandato-del-relator-especial> [visitado el 21 de septiembre de 2013]

⁸² ANAYA, James “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas: La situación de los Pueblos Indígenas en Chile, seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator anterior” en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/country-reports/la-situacion-de-los-pueblos-indigenas-en-chile-seguimiento-a-las-recomendaciones-hechas-por-el-relator-especial-anterior> [visitado el 14 de octubre de 2013]

⁸³ ANAYA, James “Estándares del deber de consulta, comentarios del relator especial a la propuesta de reglamento de consulta del gobierno de Chile”, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html> [visitado el 14 de octubre de 2013]

⁸⁴ Foro Permanente para las cuestiones indígenas, de la ONU, en <http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses> [visitado el 13 de octubre de 2013]

⁸⁵ Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, grupo de las Naciones Unidas, febrero 2008, en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/documentos/2008_onu_directrices_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 28 de septiembre de 2013]

En junio de 2006, dentro del marco de la promoción del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, se creó el **“Equipo de Trabajo sobre Cuestiones Indígenas”** que funciona como equipo de trabajo del Grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo. Su misión fue la creación de las **“Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas”**⁸⁶ con el fin de lograr hacer presente la problemática indígena en la ONU. Su objetivo es la transversalidad e integración de las problemáticas de los pueblos indígenas en los mecanismos y procesos de la ONU a nivel de país y para formular un proyecto para su aplicación. Con estas directrices, se pretende mostrar un posible marco normativo, para la ejecución de un camino de desarrollo para y con los pueblos indígenas, que tenga como inspiración y base sus derechos humanos. Procuran sugerir mecanismos para la planificación, implementación y evaluación de programas que involucren a los pueblos originarios y para la correcta integración de la diversidad cultural en los programas de país de la ONU.

Además, existen otros instrumentos internacionales que protegen a los pueblos indígenas, entre ellos, se pueden mencionar “La Convención sobre los derechos del niño”⁸⁷, “el Convenio sobre la diversidad biológica”⁸⁸, “el Programa 21”⁸⁹, “la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”⁹⁰, “el Pacto internacional de derechos civiles y políticos”⁹¹, “el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”⁹², “la

⁸⁶ ONU “Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, grupo de las Naciones Unidas, febrero 2008,” en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/documentos/2008_onu_directrices_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 28 de septiembre de 2013]

⁸⁷ Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Promulgada en Chile, el 14 de agosto de 1990, publicada el 27 de septiembre de 1990. Decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Véase su artículo 30.

⁸⁸ Convenio sobre la diversidad biológica, adoptado el 05 de julio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil. Promulgado el 28 de diciembre de 1994, publicado el 06 de mayo de 1995. Decreto N° 1936 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Véase su artículo 8, letra j).

⁸⁹ El Programa 21, aprobado el 14 de junio de 1992 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Véase su capítulo 26, en <http://www2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/rio92/agenda21/age26.htm> [visitado el 15 de noviembre de 2013]

⁹⁰ Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, promulgado el 26 de octubre de 1971, publicado el 12 de noviembre de 1971. Decreto N° 747 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁹¹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 27 de marzo de 1976. Promulgado el 30 de noviembre de 1976, publicado el 29 de abril de 1989. Decreto N°778 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Véase artículo 20.

Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural⁹³, “la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales”⁹⁴, “la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”⁹⁵, entre otros. Asimismo, hay que tener en consideración las observaciones que emiten los comités que fiscalizan la aplicación de los pactos y tratados sobre los derechos humanos. Es así, como se vuelve relevante por ejemplo, el desarrollo que efectúa el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, sobre el artículo 27 del pacto⁹⁶, reconociendo que protege los derechos individuales y culturales de las minorías, como fuente de protección de la consulta previa⁹⁷. Además de señalar su preocupación por los casos en que se otorgan concesiones para la extracción de recursos naturales, en territorio indígena, sin lograr el consentimiento con las comunidades afectadas⁹⁸. El Comité emite observaciones y recomendaciones a los estados infractores, las que no son jurídicamente vinculantes en sentido estricto.

Examen Periódico Universal, está contemplado para todos los estados miembros de la ONU, quienes durante un lapso de tiempo deben someterse a un análisis relativo a la evaluación de la situación de los derechos humanos al interior del estado. Es un proceso que dura 4 años y medio. Sus etapas son las siguientes:



⁹² Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. Promulgado el 28 de abril de 1989, publicado el 27 de mayo de 1989. Decreto N°326 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁹³ Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, adoptada el 2 de noviembre de 2001. Véase artículo 4°.

⁹⁴ Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales” Aprobada el 20 de Octubre de 2005. Véase su preámbulo, párrafo 8.

⁹⁵ Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de la UNESCO adoptada el 17 de octubre de 2003. Véase artículo 15 y preámbulo.

⁹⁶ Artículo 27: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

⁹⁷ RODRÍGUEZ César, MORRIS Megan, ORDUZ Natalia, BURITICÁ Paula “La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Estándares del Derecho Internacional” Universidad de los Andes, Bogotá Colombia, 2010, p21, en http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 28 de octubre de 2013]

⁹⁸ PNUD “Observaciones a Ecuador”, en “Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)”, p.125 en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf [visitado el 15 de noviembre de 2013]

“Examen de la situación de los derechos humanos en los Estados examinados (42 Estados son revisados cada año durante 3 sesiones del Grupo de Trabajo -dedicadas a 14 Estados cada una de ellas-), en el que se toman en consideración las siguientes fuentes de información (además de la proporcionada por los Estados examinados):

Una compilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la información contenida en los informes de los órganos de los tratados, los procedimientos especiales, incluidas las observaciones y comentarios del Estado examinado, y otros documentos oficiales pertinentes de las Naciones Unidas, que no excederá de diez páginas.

La información creíble y fidedigna adicional que proporcionen otros interlocutores pertinentes al examen periódico universal, que también deba considerar el Consejo en el examen. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos preparará un resumen de dicha información que no excederá de diez páginas.

2) Adopción de un Informe a un informe con recomendaciones, conclusiones y compromisos voluntariamente asumidos. El Estado examinado deberá indicar qué recomendaciones acepta y cuáles no.

3) Implementación de las recomendaciones asumidas por parte de los Estados examinados.

4) Los Estados examinados deben informar sobre la implementación de las recomendaciones aceptadas⁹⁹.

En el examen periódico universal que tuvo Chile, durante 8 de mayo del año 2009, de las 77 recomendaciones hechas por los estados miembros de la ONU Chile aceptó 71, y la mayoría de ellas, decía relación con la situación de los pueblos indígenas¹⁰⁰. En general, se instaba al estado de Chile, a que dejara de aplicar la ley antiterrorista a los mapuches por sus reivindicaciones de tierras, que mejorara en cuanto a la educación bilingüe, que tomara medidas para paliar la pobreza de las comunidades indígenas, que acelerara el proceso de restitución de tierras, que

⁹⁹ ONU “Examen Periódico Universal, situación de los estados miembros de la ONU”, en <http://www.derechoshumanos.net/ONU/ExamenPeriodicoUniversal-EPU.htm> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

¹⁰⁰ Informe de grupo de trabajo sobre examen periódico universal, en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/A_HRC_12_10_CHL_S.pdf [visitado el 24 de noviembre de 2013]

mejorara en cuanto a los mecanismos de participación política de los pueblos indígenas, y que estableciera mecanismos para la aplicación del Convenio N°169 de la OIT, entre otros.

Así, el Estado de Chile asumió y apoyó la mayoría de estas peticiones, y en lo concerniente a la consulta, se comprometió a *“Aumentar las consultas con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en litigio (Dinamarca); intensificar los esfuerzos para transferir las tierras y consultar sistemáticamente a los indígenas antes de conceder licencias de explotación económica (Austria); y proseguir y fortalecer los esfuerzos para encontrar una solución que respete los derechos a la tierra de los grupos indígenas y garantice la protección jurídica de sus derechos humanos (Suecia)”*¹⁰¹

Así, Chile, presentó su Informe del Examen Periódico Universal, el 28 de enero de 2014 en Ginebra¹⁰², en el cual hace una reseña del proceso de consulta llevado a cabo para obtener el nuevo reglamento de consulta indígena, enfatizando que *“El principal resultado de este proceso fue la instalación de un espacio de diálogo que permitió profundizar la construcción de un país multicultural, procurando recuperar la confianza entre los pueblos indígenas, el Estado y el resto de la sociedad”*¹⁰³

El Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Exhorta a los estados, a reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, controlar, utilizar y explotar su territorio ancestral, indicando que en los casos en que han sido privados de dichas tierras sin su consentimiento previo e informado, deben buscar la manera de restituirse siempre que ello sea posible¹⁰⁴. Además indica que los Estados partes deben

¹⁰¹ Conclusiones y/o recomendaciones que Chile apoyó N°67, del Examen Periódico Universal, en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/A_HRC_12_10_CHL_S.pdf [visitado el 24 de noviembre de 2013]

¹⁰² Informe EPU Chile, 2014, en <http://www.minrel.gob.cl/informe-epu-chile-2014-consejo-de-derechos-humanos/minrel/2013-08-07/164104.html> [visitado el 12 de febrero de 2014]

¹⁰³ Informe Examen Periódico Universal, Segundo Ciclo 18° sesión enero 2014, en http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20130402/asocfile/20130402121122/informe_epu_2_chile_noviembre_2013_2.pdf [visitado el 12 de febrero de 2014]

¹⁰⁴ CERD, Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, “Los derechos de los pueblos indígenas”. Recomendación general n° 23. En https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CDEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.portalpio.org%2FInicio%2FRepositorio-derechos-culturales%2Fdoc_download%2F476-

garantizar la participación en la vida política del país, a los pueblos originarios, en igualdad de condiciones y que no se tome ninguna decisión sin su consentimiento libre, previo e informado con los pueblos originarios, lo que constituye un punto de partida fundamental para poder ejercer su autodeterminación¹⁰⁵. Por lo demás, ha señalado la falta de pertinencia de la legislación de algunos países, que pretende regular temas relacionados con las tierras ancestrales de una “manera especial”, menoscabando los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁶.

En el informe presentado por CERD, en Agosto del presente año¹⁰⁷, el comité observó la grave discriminación de la que son víctima los pueblos indígenas en Chile, e hizo un llamado a reconocer constitucionalmente a los pueblos originarios. En relación al reglamento de consulta indígena, emplazó al Estado a:

“- cumplir su obligación de garantizar la consulta de los pueblos indígenas, como una medida de participación efectiva en lo que respecta a toda disposición legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente sus derechos a la tierra y a los recursos que poseen o que tradicionalmente han utilizado, consagrado en estándares internacionales;

- tomar en cuenta las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con la denominada Consulta Indígena; y

*- acelerar el proceso de adopción de un mecanismo institucionalizado de consulta en concordancia con estándares internacionales.”*¹⁰⁸

comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-racial-gc-23.html&ei=isaTUvSfB-gssQSP8YDQAQ&usg=AFQjCNGieDpl7nZp6s-B7z3U6GGxRhQZkA&sig2=yWD2jQmvxshe0xbDa760VA&bvm=bv.56988011,d.cWc [visitado el 25 de octubre de 2013]

¹⁰⁵ MCKAY, Fergus “Los derechos de los pueblos indígenas y el comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial” Forest People’s Programme, 2007, en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/10/cerdipsrightssept07sp.pdf> [visitado el 26 de octubre de 2013]

¹⁰⁶ ONU “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el CEDR de las Naciones Unidas”, p.14, en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/10/cerdipsrightssept07sp.pdf> [visitado el 25 de noviembre de 2013]

¹⁰⁷ CERD “Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones a Chile, CERD/C/CHL/CO/19-21, 30 de agosto de 2013”, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

¹⁰⁸ OIT-CEACR “Informe del CEACR, observaciones a Chile, CERD/CHL/CO/19-01, del 40 de agosto de 2013”, párrafo 12, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

En cuanto a normas no vinculantes, se pueden nombrar las **directrices Akwe Kon**¹⁰⁹, que son dictadas en el seno de la Secretaría del Convenio sobre la diversidad Biológica¹¹⁰ y constituyen reglas voluntarias para los estados, relativas a las evaluaciones de las repercusiones sociales y ambientales de los proyectos de desarrollo en lugares sagrados o tierras ocupadas habitualmente por los indígenas, que sean susceptibles de afectarles¹¹¹. Es en este contexto, en que estas directrices, que significan “todo en la creación¹¹²”, constituyen un importante instrumento de orientación y estándar para los Estados, en cuanto a la aplicación de sistemas de estudio de impacto ambiental. La utilización de éstas, para proporcionar un marco de colaboración entre los estados y los pueblos indígenas en materia de consulta, podría resultar muy beneficiosa.

Asimismo, se pueden observar estándares orientadores, en el proceso de consulta, en las **Normas de Desempeño 7**, emitidas por la Corporación Financiera Internacional, del Banco Mundial. Éstas, en su texto introductorio señalan que *“Los proyectos del sector privado pueden crear oportunidades para que los pueblos indígenas participen y se beneficien de las actividades vinculadas con dichos proyectos, ayudándolos a concretar sus aspiraciones de desarrollo económico y social”* teniendo entre sus objetivos, el lograr el consentimiento libre, previo e informado con las comunidades afectadas¹¹³. Estas normas constituyen también un estándar internacional útil en materia de consulta.

Los principios del Ecuador¹¹⁴, son directrices voluntarias que se dictaron en el seno de la Corporación Financiera Internacional, y su importancia radica en que según su texto, sólo se otorgará financiamiento a los proyectos cuyos patrocinadores puedan demostrar que se

¹⁰⁹ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Montreal, p.27. (Directrices del CDB)

¹¹⁰ Convenio Sobre la Diversidad Biológica, promulgado el 28 de diciembre de 1994, publicado el 06 de mayo de 1995. Decreto N°1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹¹¹ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Montreal, 27p. (Directrices del CDB), p.3.

¹¹² Pronunciado como {aguay-goo} Término Mohawk holístico con el significado de "todo en la creación" que ha proporcionado la comunidad de Kahnawake situada cerca de Montreal en donde se han negociado las directrices, Canadá.

¹¹³ Corporación Financiera Internacional, Normas de desempeño 7, pueblos indígenas. 01 de enero de 2012

¹¹⁴ Principios del Ecuador, en <http://www.equator-principles.com/index.php/ep3> [visitado el 15 de septiembre de 2013]

gestionarán con responsabilidad social y ambiental y en conformidad con dichas directrices.¹¹⁵ Los bancos¹¹⁶ aplican los principios a todos los proyectos cuyo costo capital sea igual o superior a US \$50 millones y se refiere a los proyectos en que el reembolso del préstamo podrá realizarse una vez que éstos estén establecidos y funcionando.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) es una de las principales fuentes de financiamiento multilateral para el desarrollo económico y social de América Latina y el Caribe¹¹⁷. Realiza préstamos de recursos financieros a gobiernos centrales, alcaldías y empresas, brinda asistencia técnica en diferentes áreas, como reducción de la pobreza, educación y actividades agropecuarias. En cuanto a la consulta indígena, El Banco ha señalado su interés y compromiso de efectuar mecanismos que garanticen que los pueblos originarios participen temprana y efectivamente en las etapas pertinentes de aquellas operaciones y actividades del Banco que sean susceptibles de afectarles negativamente en forma significativa¹¹⁸.

De esta forma, el derecho Internacional entrega diversos mecanismos para propender a la garantía del derecho a consulta de los pueblos indígenas. Algunos vinculantes otros no vinculantes.

En cuanto a los mecanismos de protección vinculantes, primeramente se debe señalar la fiscalización realizada por la Organización Internacional del Trabajo. Examina constantemente por medio de las memorias presentadas por los Estados, ante la CEACR. Además de ello, contempla la posibilidad de que los mandantes tripartitos puedan presentar reclamaciones al consejo de administración, por el incumplimiento del estado frente a las normas del Convenio. Pese a ello, la dificultad en este proceso se encuentra en que los pueblos indígenas no son mandantes tripartitos de la OIT, por lo que quedan excludidos de esta facultad, a no ser que formen parte de un sindicato. En este sentido, sería más eficaz para procurar la garantía del deber de consulta, que se les

¹¹⁵ Principios del Ecuador, en http://www.bancomundial.org/temas/resenas/principios_ecuador.htm [visitado el 15 de septiembre de 2013]

¹¹⁶ Entre los bancos que han adoptado estos principios, se pueden mencionar Banco Itau, Itau BBA, Bank of America, Barclays, BBVA, Calyon, CIBC, Citigroup, Credit Suisse Grp, Dexia, Dresdner Bank, Export Kredit Fonden (CEA de Dinamarca), HSBC, HVB Group, ING, KBC, Mediocredito Centrale, Mizuho Corporate Bank, Rabobank, Royal Bank of Canada, Royal Bank of Scotland, Standard Chartered, Unibanco, WestLB y Westpac.

¹¹⁷ Banco Interamericano de Desarrollo, ¿Quiénes somos? En <http://www.iadb.org/es/banco-interamericano-de-desarrollo,2837.html> [visitado el 15 de septiembre de 2013]

¹¹⁸ Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario “Estrategia para el desarrollo indígena” en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691269> [visitado el 15 de septiembre de 2013]

permitiera a los pueblos indígenas presentar redamaciones directamente ante la OIT, independiente de las memorias de los Estados. De esta forma, la Organización Internacional del Trabajo tendría una visión más global de la problemática planteada. Porque en el seno de ésta surge el Convenio N°169, debería ser el principal organismo fiscalizador de su cumplimiento.

Siguiendo con los mecanismos de protección vinculantes, la ONU, cuenta con la relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, el foro permanente para las cuestiones indígenas, y el examen periódico universal. No siendo el principal organismo encargado de velar por los derechos de los pueblos indígenas, ofrece variados mecanismos que permiten examinar el cumplimiento del deber de consulta, por parte del Estado. Por lo mismo, constituyen una colaboración de importancia para salvaguardar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sobre todo por su opinión especializada y experta en el tema, que es necesaria para los Estados.

En cuanto a los mecanismos de protección no vinculantes, las directrices Akwe Kon, las normas de desempeño 7, los Principios del Ecuador, y las que contempla el Banco Interamericano de Desarrollo, no se les puede restar importancia por su falta de obligatoriedad para las partes. Estos mecanismos, constituyen un importante avance en la forma de concebir las relaciones con los pueblos indígenas. Se trata de fomentar la responsabilidad social, ambiental y cultural por parte de los inversionistas y de comprender que los pueblos indígenas no necesariamente deben verse perjudicados por éstos proyectos. Su adhesión voluntaria, conlleva el reflejo del respeto hacia los pueblos originarios, y reconocer la necesidad de orientación para plantear los términos de las relaciones entre ambos.

2.3 Aportes del Sistema Interamericano de derechos humanos al esclarecimiento del deber de consulta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el órgano jurídico de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyos miembros son 25 países de Latinoamérica¹¹⁹, los cuales han ratificado el Pacto San José de Costa Rica, o se han adherido a él. Su finalidad, es la de conocer de los casos en que se ha cometido una violación a algún derecho fundamental consagrado en la

¹¹⁹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh> [visitado el 27 de septiembre de 2013]

“Convención Americana de derechos humanos”, por parte de algún Estado Latinoamericano miembro, siendo obligatorio dicho tratado para esos Estados.

Para que la Corte entre a conocer de uno de estos casos, es necesario primero, agotar todas las instancias internas en el Estado respectivo, y luego de eso llevar la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que después de estudiar la causa, verá si corresponde someter el caso ante la Corte IDH¹²⁰.

La Comisión Interamericana, en los informes que emite sobre la situación de los pueblos originarios, en los distintos países miembros, ha desarrollado, aspectos del deber y correlativo derecho de consulta. Es así, como contribuyendo a esclarecer el sentido y alcance de dicho deber ha aludido, que el deber de consulta se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, ya que la cultura de los pueblos originarios se puede ver menoscabada por las decisiones que tomen los gobiernos y que sean susceptibles de afectarles¹²¹. También guarda estrecha relación con la propiedad colectiva de los pueblos originarios sobre las tierras que han ocupado habitualmente¹²² en este sentido, la comisión de derechos humanos, ha señalado *“que el deber de consultar es un componente fundamental de las obligaciones del Estado para dar efecto al derecho de propiedad comunal del pueblo maya en las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente”*.¹²³

La obligación de consultar, que radica en los Estados, se traduce también, en el deber de garantizar el derecho a la identidad cultural, toda vez que los indígenas se encuentran estrechamente ligados a su territorio, y por lo mismo, el respeto y protección de su derecho al territorio ancestral, les permite preservar su identidad cultural, que se encuentra ligada a éste. Resulta ilustrativa de esta idea, la opinión de uno de los miembros de la comunidad Sarayaku de Ecuador. *“El señor Sabino Gualinga, Yachak de Sarayaku, declaró durante la audiencia que “Sarayaku es una tierra viva, es una selva viviente; ahí existen árboles y plantas medicinales, y otros tipos de seres”. Anteriormente, había manifestado: “En el subsuelo, ucupacha, igual que*

¹²⁰ Fallos de la CIDH, en <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/fallosdelacidh.html>.

¹²¹ CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela DOC OEA/Ser.L/V/II Doc 54, 30 de diciembre de 2009.

¹²² CIDH, informe 40/04 caso de comunidades indígenas mayas en el distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/siddhh/casos-cidh/546-cidh-2004-caso-maya-belice.html> [visitado el 10 de septiembre de 2013]

¹²³ CIDH, informe 40/04 caso de comunidades indígenas mayas en el distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004 <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/siddhh/casos-cidh/546-cidh-2004-caso-maya-belice.html> [visitado el 10 de septiembre de 2013]

aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí... El caipacha es donde vivimos. En el jahuapacha vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso... No sé cuántos pachas hay arriba, donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha, más arriba de eso hay otro pacha donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro pacha donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al jahuapacha. Conocemos que hay dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá”¹²⁴

La comisión también señala¹²⁵, que en cualquier decisión administrativa que pueda afectar a los pueblos originarios, éstos deben estar en total conocimiento de las medidas a adoptar, y debe lograrse el mutuo consentimiento con la comunidad toda, lo que requiere que la totalidad de los miembros de ésta, estén informados de la naturaleza y repercusiones de la medida a adoptar, además de que se les otorgue una efectiva posibilidad de participar ya sea individual o colectivamente en el proceso¹²⁶.

En lo referente al deber de consulta, la Corte Interamericana, ha señalado que tiene una vinculación directa al derecho a la participación que consagra la Convención Americana¹²⁷, en su artículo 23¹²⁸, en el caso Yatama v/s Nicaragua del 2005, señaló que el Estado debe garantizar y asegurar que los miembros de las comunidades indígenas tengan posibilidades reales de participar con igualdad, y puedan decidir sobre asuntos y políticas que influyan o sean susceptibles de influir en sus derechos y su desarrollo propio, sumándose a las instituciones y órganos estatales,

¹²⁴ Corte IDH, comunidad Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia de fecha 27 de junio de 2012, párrafo 150

¹²⁵ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, en <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm> [visitado el 02 de octubre de 2013]

¹²⁶ OEA, Comisión Interamericana de Derechos humanos “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales” en <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> [visitado el 02 de octubre de 2013]

¹²⁷ OEA, Comisión Interamericana de Derechos humanos “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales” en <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> [visitado el 02 de octubre de 2013]

¹²⁸ Artículo 23 del Pacto San José de Costa Rica: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

logrando su participación de manera directa y proporcional a su población. Además de que el proceso se haga a través de sus propias instituciones representativas y en conformidad a su cosmovisión y formas de organización propias, las que deben guardar compatibilidad con los derechos humanos consagrados en la Convención¹²⁹.

Por otro lado, referente al derecho a la propiedad sobre la tierra, el que, como se mencionó anteriormente se encuentra estrechamente ligado al deber de consulta, la Corte reconoció por primera vez el derecho a la propiedad colectiva, en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua del 2001, señalando que *“el sentido de pertenencia de la tierra no se radica en un individuo, sino en la comunidad toda”*, lo que atiende a sus propias tradiciones y cosmovisión y que, los indígenas por el propio hecho de su existencia tienen el derecho de vivir en forma libre y en sus propios territorios, siendo imperante comprender que la relación de los pueblos originarios con la tierra es un pilar trascendental de su propia supervivencia¹³⁰. Luego, en el 2005, la Corte IDH vuelve a pronunciarse sobre este derecho¹³¹, señalando que la propiedad de los pueblos indígenas, sobre sus bienes materiales como inmateriales susceptibles de apreciación pecuniaria, se encuentra protegida por el artículo 21 de la Convención Americana de derechos humanos. En el caso *Sawhoyamaya vs Paraguay*, la Corte agrega que el derecho sobre las tierras va de la mano con sus creencias religiosas y su espiritualidad propia, por lo que constituye parte de su identidad cultural.¹³²

La Corte Interamericana, en el caso de *Saramaka vs Surinam*¹³³, ha señalado que el Estado tiene el deber de consultar activamente y por medio de sus instituciones representativas y métodos tradicionales a los pueblos originarios, cuando se prevean planes de desarrollo e inversión dentro de sus tierras, y tienen que tener como fin el obtener un acuerdo entre ambas partes. Señala que se debe consultar a la comunidad desde las primeras actuaciones susceptibles de afectarles, es decir, con anterioridad al momento en que fuere necesario conseguir la aquiescencia de la

¹²⁹ Corte IDH, caso de comunidad Yatama v/s Nicaragua del 2005, párrafo 225

¹³⁰ Corte IDH caso de comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua de fecha 31 de agosto de 2001, párrafo 149.

¹³¹ Corte IDH, caso de comunidad Yake Axa v/s Paraguay año 2005, párrafo 137.

¹³² Corte IDH, caso de comunidad Sawhoyamaya vs Paraguay, 29 de marzo de 2006, párrafo 137

¹³³ Corte IDH, caso de comunidad Saramaka vs Surinam, año 2007.

comunidad, lo que conlleva la posibilidad de ésta para discutir el asunto en conjunto con todos sus miembros y así poder formular una respuesta a la consulta¹³⁴.

En el caso mencionado con anterioridad, la Corte hace una distinción de suma importancia para lograr comprender el contenido mismo de la consulta, y que guarda relación también con la autodeterminación de los pueblos: la diferencia entre consulta y consentimiento.

Señala que cuando se trate de proyectos de inversión a gran escala, que tengan un impacto significativo dentro del territorio de los pueblos originarios, el Estado se encuentra en la obligación de ir más allá de la mera consulta, y debe encaminarse a obtener el consentimiento, libre, previo e informado de los indígenas, de acuerdo a sus tradiciones y costumbres.¹³⁵ Se entiende entonces, que la consulta difiere del consentimiento, porque en virtud de éste último los pueblos indígenas tienen derecho a veto.

Su relación con la autodeterminación, es la que se señaló en el capítulo primero de esta investigación, constituyendo el consentimiento la última escala de autodeterminación y la consulta, la primera.

Además de esto, la Corte, ordena al estado de Surinam, adoptar medidas administrativas, legislativas o de otro carácter que permitan asegurar el derecho del pueblo Saramaka a ser ciertamente consultado o si concerniere, el derecho a otorgar o negarse a otorgar su consentimiento libre, previo e informado¹³⁶.

En este mismo sentido se pronuncia la Corte, en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador* durante el año 2012, señalando que *“está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados”*.¹³⁷ Es decir, la Corte reconoce el deber de consulta como un principio general del derecho internacional, que debe responder a los mecanismos contemplados por las comunidades

¹³⁴ Corte IDH, caso de comunidad Saramaka vs Surinam, año 2007, párrafo 133

¹³⁵ Corte IDH, caso de comunidad Saramaka vs Surinam, año 2007, párrafo 135

¹³⁶ Corte IDH, caso de comunidad Saramaka vs Surinam, año 2007, párrafo 194, letra d)

¹³⁷ Corte IDH, caso de comunidad Sarayaku Vs. Ecuador, de 27 junio de 2012, párrafo 165

indígenas, en el seno de su cosmovisión y que les permita relacionarse y establecer un diálogo eficaz, con el Estado.

Así, a modo de resumen los casos que ha conocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el año 2001 en adelante, referentes a propiedad privada, propiedad comunal y consulta indígena, son:

Caso	Fecha sentencia	Derechos Vulnerados
Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua	31 de agosto de 2001	Obligación de respetar derechos, propiedad privada, protección judicial, deber de adoptar disposiciones de derecho interno.
Moiwana Vs. Surinam	15 de junio de 2005	Integridad personal, obligación de respetar los derechos, derecho a circulación y residencia, garantías judiciales y protección judicial, propiedad privada y propiedad comunal.
Yake Axa Vs. Paraguay	17 de junio de 2005	Propiedad privada y comunal, derecho a la vida, garantías judiciales, protección judicial
Sawhoyamaxa Vs. Paraguay	29 de marzo de 2006	Propiedad privada, derecho a la vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, integridad personal,
Saramaka Vs. Surinam	28 noviembre de 2007	Propiedad comunal, uso y goce de los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que tradicionalmente han poseído, derecho a consulta.
Xákmok Kásek Vs. Paraguay	24 de Agosto de 2010	Propiedad comunal, derecho a la vida, incumplimiento del deber de no discriminar, garantías judiciales.
Sarayaku Vs. Ecuador	27 de junio de 2012	Derecho a la consulta y propiedad comunal

		indígena, garantías judiciales, derecho a la vida, integridad personal y libertad personal.
--	--	---

En este contexto, se puede señalar que el aporte del sistema Interamericano en materia de consulta indígena, y en general en casos relativos a la propiedad indígena, es significativo, primeramente porque constituye un mecanismo eficaz para proteger los derechos de los pueblos indígenas, cuando éstos son vulnerados por sus propios Estados.

En segundo lugar, su importancia radica en que la interpretación que realiza sobre la Convención Americana y el Convenio N°169 de la OIT, es una interpretación “pro indígena” porque reconoce la especial vinculación de los pueblos originarios con su territorio, respetando y valorando la diferencia en la concepción de la propiedad que ellos tienen. Ésta, por lo mismo debe ser amparada por el derecho, debido a la relación asimétrica que tienen los pueblos indígenas con el Estado, la que queda de manifiesto al visualizar las diferentes problemáticas que llegan a la Corte Interamericana. Además de ello, ésta interpretación, sirve de orientación a los jueces en los respectivos Estados, para cumplir así con el “control de convencionalidad”, temática que se señalará en el siguiente capítulo, por ser parte del deber de adecuación que a cada Estado corresponde.

Capítulo 3: La Consulta en el ámbito interno, debates y desafíos

En el presente capítulo, se situará la investigación en el escenario nacional, para comprender el contexto en el cual ha sido recibido el deber estatal de consultar.

De esta forma, se mencionará el problema de la jerarquía de los tratados internacionales, a modo de antecedente, como una información que ayuda a percibir y conocer la historia de la discusión en forma genérica. De la misma manera, se abordará la doctrina del bloque constitucional con sus virtudes y debilidades a fin de indicar si puede llegar a constituir un aporte para la garantía de los derechos colectivos de los pueblos originarios. También se hará alusión al control de convencionalidad, como elemento que podría contribuir a la hora de constatar la conformidad de la normativa interna con la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio N°169 de la OIT. Y por último, se aludirá a la interpretación que se ha hecho sobre el deber de consulta en sede constitucional y por la Suprema Corte del país, a fin de conocer el razonamiento de los sentenciadores en cada caso.

3.1 Recepción y jerarquía de los tratados internacionales en Chile

Actualmente, la evolución del derecho Internacional de los derechos humanos ha generado que tanto las materias del mismo, como sus destinatarios, comprendan materias que anteriormente eran de conocimiento y de exclusiva competencia de los Estados. No obstante, pese a coincidir ambos órdenes respecto a las materias que regulan, no dejan de ser diferentes, pues sus fuentes de derecho no son las mismas¹³⁸.

Es así como se puede apreciar, por una parte, como gran fuente normativa interna de derechos fundamentales, la regulación de la Constitución Política de la República, principalmente en su catálogo de garantías constitucionales del artículo 19. Pero además de este catálogo, deben considerarse los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los que le resultan obligatorios. Esta normativa, externa al ordenamiento jurídico imperante al interior del estado, tiene que incorporarse a dicho ordenamiento, lográndose una yuxtaposición de ambas fuentes de derecho ¿Y qué lugar dentro del conjunto de normas internas, van a ocupar los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos?, ¿Cuál va a ser su jerarquía en la

¹³⁸ RIBERA NEUMANN, Teodoro “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional” en Estudios Constitucionales, año 5, Universidad de Talca, 2007, p.92.

normativa nacional? La respuesta a estas interrogantes, dice relación con la forma en la que el Estado y sus órganos entienden y perciben las normas que vuelve positivas.

De esta forma, la OIT, reconoce estas dificultades, indicando que la situación jurídica del Convenio 169 va a variar de acuerdo a la tradición jurídica de los diferentes estados en esta materia. Señala que las disposiciones del Convenio suelen prevalecer sobre la legislación nacional en caso de incompatibilidades entre ambos, así, países como Colombia consideran que el Convenio tiene una jerarquía similar a la de la misma Constitución, y en otros países como Nepal y Costa Rica el convenio sólo prevalece sobre la ley¹³⁹.

En la legislación chilena, este es un tema que la Constitución Política de la República no ha resuelto. El dilema se vislumbra en la redacción del artículo 5° de la Constitución en su inciso segundo, que señala *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Debido a la imprecisión de la Constitución respecto a la materia, la doctrina se encuentra dividida¹⁴⁰, no existiendo una única posición respecto al tema, entre los autores.

Algunos como, Humberto Nogueira¹⁴¹, José Luis Cea¹⁴², y Hugo Llanos¹⁴³, sostienen que estos tratados tienen un rango constitucional, el primero de ellos aduce la creación de un “bloque de constitucionalidad”, el cual se mencionarán en las siguientes páginas.

Otros, como Alejandro Silva Bascuñán¹⁴⁴, señalan que jerárquicamente se encuentran por sobre la ley, pero bajo la Constitución. En este mismo sentido, Miriam Henríquez, señala que por medio de

¹³⁹ OIT, “Los derechos de los pueblos indígena y tribales en la práctica: Guía para la aplicación del Convenio 169” Programa para promover el Convenio 169, Dpto. normas internacionales del trabajo, 2009, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 27 de septiembre de 2013]

¹⁴⁰ NAVARRO BELTRÁN, Enrique “Tratados y Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en <http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf> [visitado el 27 de septiembre de 2013]

¹⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, tomo I, p.341-380.

¹⁴² CEA, José Luis “Derecho Constitucional Chileno”, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2008, p.217-232.

¹⁴³ LLANOS MANSILLA, Hugo “Los Tratados y la reforma constitucional” en *La Constitución Reformada de 2005*, librotecnia, Santiago, año 2006, p.345-379.

un control preventivo obligatorio se puede reemplazar el control represivo, siguiendo la doctrina de que la Constitución tiene un rango superior¹⁴⁵. En esta tendencia, Emilio Pfeffer, señala que es importante que se ejerza un control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, para evitar posibles contradicciones con la carta fundamental, de ergo, reconoce su jerarquía superior¹⁴⁶.

Y por último, otros como Enrique Evans¹⁴⁷ y Teodoro Ribera¹⁴⁸ señalan que tienen un rango de ley común.

Además de ello, Eduardo Aldunate, advierte que la discusión sobre la jerarquía de los tratados que versan sobre derechos fundamentales se vuelve irrelevante, toda vez que la correcta aplicación del derecho internacional, dice relación con cumplir el mandato constitucional de respetar y promover los derechos garantizados por tratados internacionales, la cual se encuentra consagrada en el artículo 5° de la carta fundamental, ergo, si una ley es contraria al tratado, se recurre de inconstitucionalidad por violar éste artículo.¹⁴⁹

Esta Controversia en torno al inciso segundo del artículo 5°, se inicia con la reforma del mismo, en el año 1989¹⁵⁰. Hugo Llanos Mansilla, señala que esta modificación otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, es decir, tienen un grado jerárquico más alto que los demás tratados¹⁵¹. Para hacer esta afirmación, el autor se basa en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, y cita la opinión de Francisco Cumplido, quién intervino en la redacción del artículo. *“La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto el inciso segundo del artículo 5°, establece nada menos*

¹⁴⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro “Tratado de Derecho Constitucional” Tomo IV, editorial jurídica de Chile, Santiago, 1997, p.124.

¹⁴⁵ HENRÍQUEZ, Miriam “Improcedencia del control represivo de Constitucionalidad de los tratados Internacionales” en Estudios Constitucionales, Año 5, p.119-126.

¹⁴⁶ PFEFFER, Emilio Emilio, “Constitución Política de la República y Tratados Internacionales”, en Ius et Praxis, Año 2, p.63-72.

¹⁴⁷ EVANS, Enrique “Los Derechos Constitucionales” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p.14-29

¹⁴⁸ RIVERA NEUMANN “Incorporación de los Tratados Internacionales al Ordenamiento Jurídico chileno” en Revisa Derecho Público, Tomo I, Volumen 69, p.511

¹⁴⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo “Capítulo XVI: Sistemática de los Derechos Constitucionales”, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, p.25.

¹⁵⁰ NAVARRO BELTRÁN, Enrique “Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en <http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf> [visitado el 27 de septiembre de 2013]

¹⁵¹ LLANOS MANSILLA, Hugo “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Introducción y fuentes” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p.194.

*que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues, sobre la soberanía, tales derechos...*¹⁵²

Sin embargo, el tribunal Constitucional, difiere de esta postura, señalando que *"no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiese afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado"*¹⁵³.

Siguiendo esta postura del tribunal constitucional, Eduardo Aldunate señala que el rango constitucional de los tratados internacionales, no parece ser la más óptima, ya que se obligaría al juez a separarse del artículo 20 de la Constitución, cuando se haga valer un derecho no reconocido en la constitución, pero si en un tratado.¹⁵⁴

La justicia constitucional se ha ido pronunciado en un sentido, conforme al cual, los tratados internacionales que versan sobre materias de ley orgánica constitucional, deben someterse a la Carta Fundamental, y al quórum y revisión del Tribunal Constitucional, y que sólo las normas autoejecutables son objeto de control por el mismo¹⁵⁵.

No obstante toda la discusión doctrinaria, y los problemas que la jerarquía de los tratados internacionales produzcan en la aplicación de los mismos, lo cierto es que no puede desconocerse su valor normativo a pretexto de que tengan menor jerarquía que la Constitución, toda vez que el estado se ha obligado internacionalmente a cumplirlo, y todos sus órganos deben orientarse a seguir el mismo fin.

¹⁵² LLANOS MANSILLA, Hugo "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Introducción y fuentes" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p.194.

¹⁵³ Fallo del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 2002, Rol N°346, que se pronuncia respecto de la constitucionalidad del Tratado de Roma que establece el estatuto de la Corte Penal Internacional, considerando 63.

¹⁵⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo "Sistema de los Derechos Constitucionales" en *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p.342.

¹⁵⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique "Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno", p27, en <http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf> [visitado el 27 de septiembre de 2013]

Es así, como por el deber de respeto y promoción establecido en el artículo 5° de la Constitución, los jueces están obligados a aplicar el Convenio 169 de la OIT en el caso concreto, *“porque los deberes que impone un tratado internacional, obliga a cada uno de los órganos del Estado dentro del ámbito de sus competencias y el compromiso del Estado del estado de promover y respetar ciertos derechos impone al juez, el deber de actualizar este respeto y promoción en el ámbito de su actividad jurisdiccional”*¹⁵⁶.

Por otro lado, parece aconsejable establecer un control preventivo obligatorio respecto de los tratados internacionales, a fin de prevenir posibles contradicciones con la legislación nacional.

Sin embargo, para la posibilidad de una eventual nueva Constitución, ésta debiera pronunciarse sobre el lugar que los tratados internacionales sobre derechos humanos, ocupará en dentro del ordenamiento jurídico chileno, o por lo menos indicar qué tratados gozan un rango constitucional, como en Argentina¹⁵⁷.

3.2 Bloque de constitucionalidad: ¿Una forma de migrar los derechos colectivos de los pueblos originarios?

Uno de los problemas que se presentan en el estudio de los derechos humanos, es el de su titularidad. Es decir, el ser humano es titular de derechos fundamentales, por su condición de tal. Es así, como con la positivización de dichos derechos, el hombre, individualmente considerado, se ve protegido gracias a esta idea. No obstante, en pos de esta búsqueda por otorgar protección a los derechos inherentes del ser humano, se ha favorecido un enfoque individualista, olvidándose de la dimensión social en la que éstos deben verse concebidos, por el carácter propiamente social del ser humano.

Así señala Felipe Gómez, que luego de la revolución francesa se propendía a lograr un reconocimiento de dichos derechos y libertades de carácter individual. Pero, con el transcurso del tiempo, se da inicio a una nueva etapa. De esta manera luego de la segunda guerra mundial, empiezan a aparecer en el escenario internacional, sujetos de derechos colectivos, siendo

¹⁵⁶ ALDUNATE LIZANA, Eduardo “Capítulo XVI, Sistema de los Derechos Constitucionales”, en *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p342.

¹⁵⁷ Tratados Internacionales con rango Constitucional en Argentina, en http://www.bcnbib.gov.ar/ti_tijc.php [visitado el 20 de enero de 2014]

fundamentalmente los pueblos y más recientemente, los pueblos indígenas¹⁵⁸. ¿Y por qué los pueblos indígenas? Porque *“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.”*¹⁵⁹

Para propender a una protección efectiva y real de los derechos fundamentales de los pueblos originarios, es que surge, necesariamente el concepto de *derechos colectivos*. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en el año 1970, reconoció que había ciertos derechos humanos, que sólo podían ser gozados por una comunidad o grupo¹⁶⁰.

*“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado a través de su jurisprudencia que la identidad cultural de los pueblos indígenas se encuentra directamente vinculada con su concepción de la propiedad y el territorio, lo cual forma parte de su espiritualidad y en relación a los cuales se transmiten sus costumbres y tradiciones. Estas características, por tanto, sólo pueden ser protegidas como un derecho colectivo, ya que solamente con una perspectiva grupal pueden transmitirse su vida e integridad cultural, y debido a ello la supervivencia de la comunidad como tal depende de la protección de su herencia cultural y territorios sagrados, en tanto que elementos que los unen como grupo”*¹⁶¹

Por consiguiente, independientemente de la protección brindada a los derechos fundamentales de las personas, se tutelan los derechos de los pueblos indígenas en su calidad de tales, cuya protección adquirirá fuerza, en la medida en que se miren como una colectividad sujeto de derechos. Es decir, los pueblos indígenas tienen una “doble titularidad”¹⁶² de derechos. Por un lado, sus derechos individuales como seres humanos, y por otro, sus derechos colectivos, como miembros de una comunidad con una identidad cultural diferente al resto de una sociedad determinada. Es decir, los derechos colectivos pretenden proteger ese aspecto social del ser

¹⁵⁸ GOMEZ ISA, Felipe “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo” en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p.455.

¹⁵⁹ CIDH Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001 parr. 149.

¹⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 1690 (1970), Comunidades Guahibo (Colombia), en <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Colombia.1690.htm> [visitado el 23 de noviembre de 2013]

¹⁶¹ CANTÚ RIVERA, Humberto “El desarrollo de un Corpus juris internacional en materia de derechos colectivos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso de los pueblos indígenas” p.5, en http://www.spidh.org/fileadmin/spidh/FMDH_2013/Appel/Intervenants/Pueblos_indigenas_y_derechos_colectivos_ante_la_CorteIDH.d....pdf [visitado el 23 de noviembre de 2013]

¹⁶² GOMEZ ISA, Felipe “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo” en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p.455.

humano, se busca proteger a la persona como miembro de esa comunidad distinta, con su cosmovisión propia. Además, mediante la protección idónea de dichos derechos colectivos, se protegen también, sus derechos individuales. Sin embargo, es razonable recalcar que no existe una contradicción entre los derechos individuales y los derechos colectivos, sino, más bien, los segundos son una condición para el ejercicio de los primeros¹⁶³.

Como dijo la Corte Interamericana, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se encuentran estrechamente vinculados, con su derecho al territorio. El derecho al territorio, en la legislación interna, si bien no se encuentra protegido en los términos concebidos por el Convenio 169 de la OIT, que se refiere a “territorios” indígenas en su artículo 13, si encuentra cierta protección jurídica a nivel nacional, ya sea en la ley indígena 19.253 o en la ley 20.249 sobre el espacio costero marítimo. El territorio de los pueblos indígenas es fundamental para su propia subsistencia, sus tierras ancestrales permiten la existencia de su identidad cultural propia. De esta manera, el derecho y deber de consulta previa, se vuelve un mecanismo concreto que permite ejercer sus derechos colectivos sobre su territorio. Y correlativamente la consulta es también un derecho colectivo, del cual sus titulares son los pueblos indígenas.

No obstante, el concepto de derechos colectivos, parece lejano y distante en la tradición jurídica chilena, cuando lo acostumbrado es que los sujetos titulares de derechos sean personas individuales, la mujer, el trabajador, el niño, el imputado, etc. Por consiguiente, bien cabe preguntarse ¿cómo migrar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, al derecho interno, nacional?, es decir ¿Cómo lograr que se reconozca y garantice su existencia? Esta pregunta podría responderse con la ayuda del concepto del *bloque de constitucionalidad*.

Siguiendo la doctrina del profesor Nogueira, el bloque de constitucionalidad, fue un efecto de la reforma del año 1989 al artículo 5° de la Constitución, el que puede definirse como “*el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos*”¹⁶⁴.

¹⁶³ VILLORO, Luis "Estado plural, pluralidad de culturas", Editorial Paidós-UNAM, México, 1998, p.94.

¹⁶⁴ NOGUEIRA, Humberto “ El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” en [http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.p](http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf)
[df](http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf) [visitado el 12 de julio de 2013]

Es decir, las disposiciones constitucionales relativas a derechos humanos, forman un bloque con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que versan sobre la misma materia.¹⁶⁵ Esto implicaría, que el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Política, no es la única fuente de los mismos. Es decir, los derechos y garantías asegurados por tratados internacionales vienen a formar parte de un todo, y por ende, el juez en el caso concreto, deberá también remitirse no sólo a la Constitución, sino también a dichos tratados. En opinión de este autor, el bloque constitucionalidad, estaría conformado por:

- “Los derechos que señala la Constitución sin taxatividad.
- Los que asegura el derecho internacional a través de los principios de ius cogens;
- Los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario.
- Los que asegura el derecho internacional consuetudinario”.¹⁶⁶

“El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que asegura directamente la Constitución, como lo establece, en forma explícita en Chile, el artículo 5° inciso 2°”¹⁶⁷

Para el problema de la presente investigación, la aplicación del bloque de constitucionalidad, por el juez en el caso concreto, involucraría que además del derecho interno, *debe* aplicar el Convenio 169, el que se encontraría en un rango superior a un tratado internacional común, por induir derechos económicos, sociales y culturales, es decir, ser un tratado sobre derechos fundamentales del inciso 2° del artículo 5 de la CPR. A través de este medio, se permite la doble protección de los

¹⁶⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo “Justicia Constitucional y Derechos fundamentales”, en <http://www.pabloruiz-tagle.cl/blog/wp-content/uploads/2011/04/Justicia-Constitucional-y-DDFF-Bordal%C3%AD.pdf> [visitado el 12 de julio de 2013]

¹⁶⁶ NOGUEIRA, Humberto “ El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” p.14, en <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf> [visitado el 12 de julio de 2013]

¹⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Capítulo I: Dignidad de la persona, derechos fundamentales. Bloque de Constitucionalidad de Derechos y Control de Convencionalidad”, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Tomo I*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, p.25.

derechos de los pueblos indígenas. Es así como ellos son titulares de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, pero además, son titulares de derechos colectivos, es decir, el grupo, la comunidad con identidad cultural propia, que los identifica como pueblos, es también sujeto de derechos. De esta manera, se puede brindar una tutela jurídica más amplia y efectiva a dichos derechos, reconociendo la existencia de derechos distintos a los consagrados constitucionalmente, pero que no por esta razón, van a recibir menor salvaguarda jurídica. Esta visión, difiere del paradigma tradicional de la concepción de los sujetos titulares de derechos, por lo mismo, se vuelve una herramienta útil para garantizar y promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

No obstante estimar al bloque de constitucionalidad, como un potencial camino viable para la inclusión, garantía y promoción, de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por parte de los jueces, parece apropiado afrontar ciertas críticas a esta doctrina. Según Eduardo Aldunate¹⁶⁸, esta posición no es recomendable desde un punto de vista dogmático, por ejemplo, por el problema que ocurriría con el recurso de protección, cuando se alegue la perturbación o vulneración de un derecho consagrado en un tratado internacional. El autor advierte, que el problema podría solucionarse sin la necesidad de recurrir al concepto de bloque de constitucionalidad. Señala que por un lado, con una correcta aplicación del derecho internacional por parte de los jueces, puede llegarse a una misma conclusión, toda vez que el deber constitucional de respetar y promover los derechos garantizados por tratados internacionales, tiene su fuente normativa en el artículo 5° de la Constitución Política de la República. Indica además, que desde el punto de vista del legislador, si éste dicta una ley atentatoria de derechos consagrados en Tratados Internacionales, se puede recurrir de inconstitucionalidad por violar el deber de respeto y promoción que establece el artículo 5° de la Constitución.

En este sentido, ambas doctrinas pueden conducir al mismo fin, que es el de lograr la tutela efectiva de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, es idóneo señalar, que para la eventualidad de gestarse una nueva Constitución para Chile, ésta debiera referirse al rango constitucional de los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, para dar por superado el problema. Una buena solución, sería seguir el ejemplo de Argentina, que señala

¹⁶⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo "Capítulo XVI: Sistemática de los Derechos Constitucionales" *Derechos Fundamentales*. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, p.342.

expresamente en su carta fundamental, el catálogo de tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional¹⁶⁹.

3.3 Control de Convencionalidad como mecanismo para aplicación de la Consulta

El deber de consulta, es una obligación de hacer *del* estado, o sea que a él le corresponde actuar como garante de la realización de los derechos de consulta y participación y no a los privados¹⁷⁰. Sin embargo, ¿qué utilidad tiene que el Estado se obligue a nivel internacional, firmando y ratificando convenios, mientras sus disposiciones no sean observadas y acatadas dentro del Ordenamiento Jurídico chileno?, ¿Cómo lograr que el deber de consulta previa, deje de ser una declaración de buenas intenciones, y pase, en definitiva a constituirse como un mecanismo que permita forjar una “institucionalidad indígena desde lo indígena”¹⁷¹? Sin embargo, este deber del estado de garantizar la realización de la consulta, puede resultar problemático, en lo concerniente a la aplicación de las fuentes del derecho internacional, al ordenamiento jurídico interno. Podría suceder, en la práctica, que exista una eventual contradicción entre la norma interna y la internacional. ¿Cómo superar estos obstáculos en la realidad?, para responder a esta interrogante, parece apropiado hablar sobre el control de convencionalidad.

El “control de convencionalidad” constituye un mecanismo que los Estados deben poner en práctica para asegurar la debida aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación¹⁷². De esta forma, existe observancia a la normativa internacional, por parte de los sujetos aplicadores del derecho: los jueces.

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de*

¹⁶⁹ Tratados Internacionales con rango Constitucional en Argentina, en http://www.bcnbib.gov.ar/ti_tijc.php [visitado el 20 de enero de 2014]

¹⁷⁰ OIT “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169”, p61, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 28 de agosto de 2013]

¹⁷¹ SANHUEZA CUBILLOS, Cristián “La Consulta Indígena en Chile, del dicho al hecho”, *Derecho y Pueblo Mapuche, aportes para la discusión*. Centro de derechos humanos de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013, p.217.

¹⁷² IBÁÑEZ RIVAS, Juana María “Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario Derechos Humanos*, 2012, Universidad de Chile, p112.

un tratado”, convención ratificada por Chile y por lo tanto vigente en nuestro ordenamiento.¹⁷³

Una de las formas que tiene el Estado de dar cumplimiento al deber de adecuar su normativa interna al derecho internacional, es el denominado “Control de Convencionalidad”, que es definido como *“un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de derechos Humanos”*¹⁷⁴. En esta situación, el juez tiene la facultad de contrastar ambas normas¹⁷⁵.

Es decir, los estados que ratificaron la Convención Americana, desde ese momento, tienen la obligación de garantizar su debida supremacía, y de establecer a nivel de derecho interno, todos los mecanismos que lo posibiliten. En el fondo, el control de convencionalidad se traduce en la exigencia que hace la Corte IDH a los jueces de los países miembros, a que cumplan y den observancia a las normas del tratado, a que interpreten derechos y libertades en conformidad a los tratados internacionales¹⁷⁶, y en este caso concreto, además, al Convenio N° 169 de la OIT. Esta exigencia, se encuentra en el deber de “adecuación” que corresponde a los Estados, consagrado en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pero, ¿a quién le corresponde llevar a cabo el control de convencionalidad?, primeramente deben ser los jueces de cada país, dentro de la esfera de sus competencias.¹⁷⁷ Según lo que ha dispuesto la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano vs. Chile¹⁷⁸, le corresponde a “los jueces y tribunales internos”, “al poder judicial”. Continúa con esta misma tendencia en su fallo Trabajadores cesados del congreso vs. Perú¹⁷⁹. Luego, en el año 2010, la Corte Interamericana, determina con mayor claridad, que son obligados a realizar este control, todos los órganos vinculados a la administración de justicia, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs.

¹⁷³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Suscrita por Chile el año 1969. Entró en vigor el 22 de junio de 1981.

¹⁷⁴ SAGÜES, Nestor “Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad” en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf> [visitado el 12 de julio de 2013]

¹⁷⁵ Corte IDH, Almonacid Arellano vs Chile, 26 de septiembre de 2006.

¹⁷⁶ CASTILLA, Karlos “El Control del Convencionalidad, un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/el_control_de_convencionalidad-Un_nuevo_debate_en_Mexico_1.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

¹⁷⁷ FERRER Mc GREGOR, Eduardo “El Control difuso de Convencionalidad”, en <http://www.ernestojinesta.com/14%20-%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf> [visitado el 24 de septiembre de 2013]

¹⁷⁸ Corte IDH, Almonacid Arellano vs Chile, de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

¹⁷⁹ Corte IDH Trabajadores cesados del congreso vs Perú, de 24 de noviembre de 2006. Párrafo 128

México¹⁸⁰. En esta oportunidad, la Corte reconoce que los jueces deben respetar su ordenamiento jurídico interno y fallar conforme a él, pero, señala que esta obligación, no puede ser contraria a la Convención Americana, por lo que deben velar por su cumplimiento y también para que sus normas no se vean mermadas en perjuicio de disposiciones de derecho interno que atenten contra su objetivo y fin.

¿Cómo surge el control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana? La Corte IDH lo admite por primera vez, como parte de su doctrina, en el caso Almonacid Arellano y otros v/s el Estado de Chile, en el año 2006¹⁸¹. Y en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile hace referencia a la obligación que pesa sobre el estado de Chile, de que sus jueces y en general sus órganos relacionados con la administración de justicia, efectúen un control de convencionalidad entre las normas vigentes al interior del país, y la Convención Americana¹⁸². Es así, que siguiendo este mandato de la Corte IDH, la Corte de Apelaciones de Valdivia en el año 2012¹⁸³, efectúa un control de convencionalidad expreso atinente al Convenio N° 169 de la OIT. En dicha ocasión, los jueces del fondo, hacen una apreciación de las normas contenidas en el Convenio, en contraposición a la normativa nacional, fallando conforme a las primeras y reconociendo el derecho que asiste a las diversas comunidades mapuche, a la identidad cultural, basándose en la estrecha relación existente con sus tierras, lo que constituye parte de su cosmovisión y espiritualidad. En esa oportunidad, la colisión de derechos se presentaba entre la normativa interna aplicable al caso concreto, referente al derecho de propiedad sobre el predio y los derechos fundamentales de la comunidad relativos al ejercicio libre de sus cultos religiosos, en un territorio en el que se estaban talando árboles sagrados. La Corte de Apelaciones, induso hace alusión del fallo de la Corte IDH de Sawhoyamaya vs. Paraguay, para demostrar cuáles deben ser los criterios a seguir frente a tal problemática.

Ahora, en lo concerniente a la consulta, cuya fuente normativa principal es el Convenio N°169, resulta adecuado preguntarse ¿de qué manera se puede hacer extensivo el control de convencionalidad a dicho Convenio? Esta pregunta, en el fondo, pretende determinar mecanismos

¹⁸⁰ Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vd México, de 26 de noviembre de 2010, párrafos 225 a 232.

¹⁸¹ AGUILAR, Gonzalo "El Control del Convencionalidad en la era del Constitucionalismo de los derechos. Comentario de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012", en Estudios Constitucionales año 10 N°2, 2012, pág 727, en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art21.pdf> [visitado el 15 de octubre de 2013]

¹⁸² Corte IDH caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, de 24 de febrero de 2012, párrafos 281 y 282

¹⁸³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 501-2011, 4 de mayo de 2012.

efectivos de “justiciabilidad” del convenio con miras a lograr su efectiva aplicación en el ordenamiento jurídico nacional, que sean diversos a los mencionados con anterioridad. Es así, como la primera respuesta a esta cuestión, la puede otorgar el mismo Pacto San José de Costa Rica. Este tratado internacional, en su artículo 29, señala que *“Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención que sea parte uno de los Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”

El control de convencionalidad, puede hacerse extensivo al Convenio N°169 de la OIT, acudiendo a una interpretación armónica y sistemática de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el Convenio.

La segunda respuesta la otorga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, cómo avanzando de lo teórico a lo práctico, realiza una interpretación del Pacto San José de Costa Rica, en relación al Convenio N°169 de la OIT. *“En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁸⁴.*

¹⁸⁴ Corte IDH, Yake Axa vs Paraguay, año 2005, considerando 127.

En este mismo sentido, continua la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando en el caso Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia que *“En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”*¹⁸⁵

En este aspecto, el párrafo, hace recordar el mandato de la Corte, de que los “jueces y tribunales internos”, “los órganos vinculados a la administración de justicia”, deben realizar una interpretación armónica de la Convención Americana de derechos Humanos y del Convenio N°169 de la OIT, en virtud a las formas de vida imperantes en la actualidad.

Por consiguiente, primeramente quién debe realizar el control de Convencionalidad son los jueces de cada país. Al momento de enfrentarse a una problemática relativa a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, deben procurar interpretar de un modo armónico y sistemático, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Convenio 169 de la OIT. Y deben ser ellos, en primer lugar y antes que todos, porque la competencia de la Corte Interamericana es subsidiaria, es decir, deben agotarse todos los recursos internos del país, antes de acudir a la Comisión Interamericana de derechos humanos, que tal vez someta el asunto a la competencia de la Corte. Y luego, en segundo lugar, le corresponde a la Corte Interamericana, verificar la debida observancia de las normas de la Convención y del Convenio en el caso concreto, y determinar la posible responsabilidad del estado infractor.

De esta manera, a través del control de Convencionalidad, se admite la posibilidad de contrastar la norma nacional con la internacional, para poder otorgar un resguardo efectivo al cumplimiento del deber de consulta, lo que implica una herramienta que los jueces *deben* tener en consideración al momento de emitir sus sentencias. *“La CIDH establece que constituye una obligación para las jurisdicciones nacionales, a la luz del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicar preferentemente las normas convencionales sobre el derecho interno, cuando éste último no alcanza los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional vinculante en materia de derechos humanos, estando dicha obligación fundada en el cumplimiento de buena fe*

¹⁸⁵ Corte IDH, caso Sarayaku Vs. Ecuador, de fecha 27 de junio de 2012, párrafo 161.

*de las obligaciones internacionales, el cual constituye principio imperativo de derecho internacional generando las consiguientes responsabilidades internacionales*¹⁸⁶.

La importancia y aporte de este mecanismo de control, se radica principalmente en que los órganos del Estado, acostumbrados a la rigidez del sistema jurídico interno, y reacios de fallar conforme a la normativa internacional vigente, encuentren de este modo, un estándar plausible para brindar una adecuada protección a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a la consulta indígena. Luego, mediante este instrumento jurídico desarrollado por la Corte IDH, se logra hallar una manera efectiva y concreta de conseguir que el deber de consulta deje de ser una declaración de buenas intenciones, y pueda lograrse, en definitiva, su justiciabilidad ante los tribunales chilenos, lo que responde al deber que tiene el Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales.



¹⁸⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Capítulo I: Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos y control de convencionalidad” en *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, p78

3.4 Tribunal Constitucional y consulta: “¿Una forma de recabar opinión?”¹⁸⁷

En esta parte de la investigación, se mencionarán a modo de antecedente los criterios que el Tribunal Constitucional ha esgrimido para ubicar al deber de consulta dentro del ordenamiento jurídico chileno. Esto, en la espera de que sirva como un aporte para comprender y conocer el contexto jurídico en el que se la consulta se volvió norma vigente en Chile.

La primera vez en que el Tribunal Constitucional, se pronunció respecto al deber de consulta en Chile, fue en el año 2000¹⁸⁸, respecto a un requerimiento de inconstitucionalidad que presentaron algunos diputados, solicitando que se declarara la inconstitucionalidad del Convenio 169 y en subsidio, la inconstitucionalidad de algunas normas específicas del tratado, entre ellas las del artículo 6 y 7 del Convenio que se refieren a la consulta indígena.

En dicha oportunidad, el tribunal estableció que la Consulta indígena se refería a materias de ley orgánica constitucional¹⁸⁹, y reconoció la diferencia entre la Consulta que señala el Convenio, y los otros mecanismos de participación establecidos en la legislación chilena. En este sentido, señaló que si bien la consulta que establece el Convenio estrictamente hablando, no es vinculante, tiene una “connotación jurídica diferente”¹⁹⁰ y que por lo mismo, difiera de las formas de participación ciudadana, que se reconocen por el ordenamiento jurídico. No obstante estas importantes consideraciones que tienen los sentenciadores constitucionales, una de las más relevantes, dice relación con la distinción entre normas ejecutables y autoejecutables del Convenio. Señalan, que las normas referentes a consulta indígena, son autoejecutables, toda vez que el artículo 7 N° 1º, oración final del Convenio 169, dispone que dichos pueblos “deberán participar”, oración que, debido a su redacción imperativa, deja de manifiesto su eficacia directa en el ordenamiento jurídico, y que por ende, no requiere de otra norma legal para ser aplicada y para poder producir sus efectos jurídicos.

La segunda ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre esta materia, fue durante el año 2008¹⁹¹. El Convenio N°169 de la OIT, todavía no era norma vigente en nuestra legislación. Así, un grupo de diputados, presentó un requerimiento de inconstitucionalidad

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional, sentencia rol 2387-2008, 18 de abril de 2008, considerando 14.

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional, sentencia rol 309-2000, 4 de agosto de 2000.

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional, sentencia rol 309-2000, 4 de agosto de 2000, considerandos 6 y 7.

¹⁹⁰ Tribunal Constitucional, sentencia rol 309-2000, 4 de agosto de 2000, considerando 7.

¹⁹¹ Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-2008, 3 de abril de 2008.

referente al Convenio N°169, manifestando la preocupación de que este instrumento jurídico internacional se transformara en norma vinculante, en derecho duro. En esta ocasión, siguiendo sus criterios establecidos en su primer pronunciamiento, los sentenciadores constitucionales, volvieron a consignar que la consulta indígena del Convenio, se refiere a materias de ley orgánica constitucional. Por esta razón modifica la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional ya que establece la participación de los pueblos originarios a nivel nacional, regional y provincial, en procedimientos administrativos, legislativos, además de contemplar mecanismos de participación en el seno de las municipalidades¹⁹².

En esta resolución el tribunal, agrega que la consulta se enmarca dentro de los mecanismos de participación que reconoce el artículo 1° de la Constitución Política, y que por lo tanto, **no es vinculante para el Estado**, sino que representa una forma de obtener opinión, lo que además es conforme con el artículo 5° de la CPR, en relación a los límites a la soberanía¹⁹³. Asimismo, alude que el derecho a ser consultados, no conlleva el ejercicio de la soberanía, porque ésta se ejerce por la nación a través de las elecciones periódicas.¹⁹⁴ Es decir, enmarca el derecho a consulta previa, dentro de las fuentes de derecho interno, desconociendo que éste emana del Convenio N°169.

En una tercera ocasión, el tribunal se pronuncia sobre el derecho a la consulta previa, por un requerimiento de inconstitucionalidad, referido al Convenio UPOV 91, señala que corresponde al gobierno, al congreso nacional las municipalidades y otros organismos autónomos, señalar los mecanismos para las consultas y fijar los criterios para determinar si una medida legislativa o administrativa la afecta directamente, todo ello, por la flexibilidad del Convenio N°169, la que se establece en su artículo 34¹⁹⁵. En este aspecto, se discrepa con el Tribunal Constitucional, ya que, como ha señalado la Corte IDH, los procedimientos apropiados para realizar la consulta deben ser pertinentes culturalmente, considerando las formas tradicionales que los pueblos indígenas tengan para tomar decisiones.¹⁹⁶

Y por última vez, durante el año 2013, se presenta un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, referente al entonces proyecto de ley de pesca. En dicha ocasión, los

¹⁹² Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-2008, 3 de abril de 2008, considerando 12.

¹⁹³ Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-2008, 3 de abril de 2008, considerando 13.

¹⁹⁴ Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-2008, 3 de abril de 2008, considerando 13.

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional, sentencia rol 1988-2011, 25 de junio de 2011 considerando 19.

¹⁹⁶ Corte IDH, caso Saramaka Vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 131.

peticionarios, esgrimen entre otros, el argumento de que el Convenio N°169 de la OIT, tiene rango constitucional, por versar sobre derechos humanos. El tribunal, declara en su sentencia, que la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya ha sido asentada por la jurisprudencia del mismo, recordando que dichos tratados, según el ente sentenciador, tienen un rango inferior a la constitución, toda vez que por versar sobre temáticas relativas a leyes orgánicas constitucionales, están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, lo cual no sería posible si tuvieran el mismo rango constitucional¹⁹⁷. Es decir, el razonamiento de los sentenciadores, se fundamenta en que si dichos tratados tuvieran la misma jerarquía que la Constitución misma, gozarían de una especie “presunción de constitucionalidad” por ende, no sería necesario someterlo a control del tribunal.

Reiteran, como características de la consulta indígena asentada por la jurisprudencia del tribunal, lo que habían señalado con anterioridad, *“que se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales”*¹⁹⁸.

En este sentido, cabe señalar que el Comité para la aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT¹⁹⁹, y la Corte Interamericana de derechos humanos²⁰⁰, han reconocido que el fin de la consulta, es propender a alcanzar el consentimiento, un acuerdo con los pueblos originarios, en un procedimiento de buena fe, previo, e informado, el que no puede reducirse a un mero despliegue de información, toda vez que se busca lograr una participación plena de los indígenas en los asuntos que les atañen. Es así, como el tribunal en este considerando, reduce el sentido y el alcance de la norma, en la forma en cómo ha sido entendida e interpretada por los organismos internacionales y que se han expresado en los capítulos precedentes.

Asimismo, y siguiendo en esta línea de interpretación, el tribunal, en su considerando vigesimotercero, sostiene que le toca al legislador determinar las instituciones representativas de los pueblos indígenas. Esta idea es contraria y atenta abiertamente contra los principios y normas

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional, sentencia rol 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, 23 de enero 2013, considerandos 12.

¹⁹⁸ Tribunal Constitucional, sentencia rol 2387-2008, 18 de abril de 2008, considerando 14.

¹⁹⁹ OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, p.862, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf> [visitado el 15 de enero de 2014]

²⁰⁰ Corte IDH, caso comunidad Sarayaku Vs. Ecuador, de fecha 27 de junio de 2012, párrafo 186.

del Convenio N°169, ya que las instituciones representativas de los indígenas, deben ser determinadas por ellos mismos, conforme a sus métodos y cosmovisión, lo cual es una manifestación y ejercicio de su derecho a la autodeterminación.

En ese mismo considerando, señala que la autoejecutividad de la consulta, no obsta su tratamiento legislativo, y que en cambio, lo impulsa, lo cual deja de manifiesto un cambio en la manera de percibir y entender el concepto mismo de norma autoejecutable, puesto que, éstas se entienden como “normas de aplicación directa”²⁰¹, y así había sido establecido en la jurisprudencia del mismo tribunal.

Según Viviana Galdámez, la exhortación al legislador que hace el tribunal constitucional, para que regule la materia, ha sido tardía y poco coherente, toda vez que primero señala que no se requiere norma interna que regule la materia, y ahora señala que sí se requiere que el legislador se pronuncie por medio de una ley.²⁰² Si bien es acertado el comentario de la académica en cuanto a la falta de coherencia del tribunal, es importante señalar que la regulación legal de la consulta es necesaria, toda vez que el Convenio N°169 de la OIT es genérico en sus disposiciones.

Respecto a esta última sentencia, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, presentó un *amicus curiae*²⁰³ ante el tribunal Constitucional, con el propósito de hacerle presente su opinión jurídica respecto a la materia, inclinándose a favor de la petición de inconstitucionalidad e instando al tribunal a realizar una interpretación armónica del Convenio y la Constitución.

El miércoles 11 de septiembre de 2013, algunos parlamentarios, presentaron otro recurso de inconstitucionalidad referente a la consulta. En esta ocasión, por el nuevo reglamento del SEIA, en

²⁰¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”, tomo I, librotecnia, 2008, p.278.

²⁰² GALDÁMEZ ZELADA, Viviana “Comentario jurisprudencial: La consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del tribunal roles 2388-12-CPT y 2389-12-CPT acumulados”, en Estudios Constitucionales vol. 11 N°1, Santiago, 2013, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000100018&script=sci_arttext [visitado el 15 de octubre de 2013]

²⁰³ El *amicus curiae*, “amigo del tribunal”, permite a un tercero ajeno al proceso, presentar su opinión jurídica respecto a temáticas en las que tenga un justificado interés, (definición señalada en escrito de *amicus curiae*), en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/307/amicus%20INDH%20Ley%20de%20Pesca.pdf?sequence=1> [visitado el 17 de noviembre de 2013]

cuanto a que el decreto 40, viola la igualdad ante la ley y no cumple con los estándares internacionales en materia de consulta²⁰⁴, del cual aún no se conoce la decisión del tribunal.

El Tribunal Constitucional, ha tenido que pronunciarse sobre éstas materias cuando le corresponde al legislador hacerlo, primeramente para dar cumplimiento al deber de adecuación que le corresponde al Estado de Chile, respecto a las normas consagradas en instrumentos internacionales. En este contexto, parece apropiado que los sentenciadores consideren las interpretaciones auténticas que realiza la Organización Internacional del Trabajo, los comentarios del relator especial de la ONU, James Anaya en sus diversos informes respecto a la materia, y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos humanos concernientes al tema. Éstos indican directrices que ayudan a orientar a la hora de determinar el sentido y alcance que se le debe otorgar a la consulta indígena. El ente sentenciador no debe olvidar que la normativa internacional es parte del ordenamiento jurídico chileno, y que por lo mismo, debe ser considerada a la hora de emitir su dictamen, y no sólo basarse en la normativa de producción interna, que es más escuálida en cuanto a la consulta indígena. Porque el deber de consultar emana directamente del Convenio N°169 y no de la normativa interna.



²⁰⁴ Oposición va al tribunal constitucional, por norma sobre consulta indígena, en <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/mercado/2013/09/13-29814-9-oposicion-va-al-tribunal-constitucional-por-norma-sobre-consulta-indigena.shtml> [visitado el 02 de octubre de 2013]

3.5 La Corte Suprema frente la consulta indígena

Desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, en diversas ocasiones la Corte Suprema, ha tenido que pronunciarse sobre la consulta indígena. En la práctica, ha sucedido que las Cortes de Apelaciones reconocen los principios y derechos contenidos en el convenio, realizando una interpretación armónica del éste en conjunto con la legislación nacional. No obstante, el excelentísimo tribunal del país, ha ido asentando criterios que difieren a los señalados por los jueces del fondo²⁰⁵, “provocando que se le reste valor normativo al Convenio y desatendiendo los compromisos internacionales de Chile”²⁰⁶.

Es así, que en esta parte del informe de investigación se analizará la interpretación de la consulta, que ha esgrimido el tribunal supremo en 6 ocasiones distintas. Todos los fallos analizados, se encuadran desde el periodo 2010 a 2013. De este modo, el criterio de selección se basó en elegir, 3 sentencias desfavorables a las comunidades indígenas recurrentes, y 3 de ellas que son favorables a las mismas, a fin de conocer la reflexión y lógica utilizada por la Corte Suprema a la hora de determinar el sentido y alcance de este deber.

1. Caso de la Línea de Transmisión Melipeuco-Freire²⁰⁷.

En este caso, según los hechos relatados en el fallo de segundo grado, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de Arauco, había dado luz verde a un proyecto que pretendía, construir una línea de transmisión eléctrica aérea de 110 Kv de tensión, que sería construida con postes de hormigón y de 98.9 kilómetros de longitud. Esta red se iniciaría en la comuna de Melipeuco, en el sector cercano al río Triful Triful, y la red se proyectaría de oriente a poniente hasta interceptar con la línea existente de 220 KV de TRANSELEC, red perteneciente al Sistema Interconectado Central (SIC), ubicada en la comuna de Freire. El proyecto, se ubicaría en la línea ferrea de la ramal Freire – Cunco, y atravesaría 11 comunidades indígenas y además, se emplazaría colindante a 21 comunidades Mapuche. El área de influencia del proyecto correspondía a un sector en el que atravesaba una línea del tren en desuso desde los años 60.²⁰⁸

²⁰⁵ En este sentido, Corte Suprema rol 1525-2010 17 de mayo de 2010, Corte Suprema rol 5757-2010 de 15 de septiembre de 2010, Corte Suprema rol 7287-2009 de 30 de noviembre de 2009. En este último caso la Corte falla a favor de la comunidad indígena, pero desestima los argumentos relativos al Convenio N° 169 de la OIT.

²⁰⁶ CONTESSE, Jorge, LOVERA, Domingo “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo de un incumplimiento”, Anuario de derecho Público Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p.137.

²⁰⁷ Corte Suprema, sentencia rol 1602-2012 de fecha 8 de junio de 2012.

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 349-2011 de fecha 20 de enero de 2012.

Los recurrentes señalan que en este caso, el proyecto debió evaluarse mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no una dedaración de impacto ambiental, como ocurrió en los hechos.

La Corte suprema falla razonando, que no se ve cómo un tendido de electricidad podía afectar considerablemente la vida y costumbres de los pueblos originarios, y que por lo mismo, **la consulta en los términos del convenio, no procede en este caso**, debido a que ésta señala que se deben consultar las medidas “*susceptibles de afectarles directamente*” y que en la especie, no se ha determinado de qué manera se produce esta afectación directa, ergo, no hay infracción al deber de consulta.

Razona la Corte, que las comunidades recurrentes pertenecen a la comuna de Freire, en la cual el tendido eléctrico ocupa, el ex ramal ferroviario de la EFE, empresa a cuyo favor se encuentran inscritas las propiedades que afectará el proyecto eléctrico y que los terrenos antes descritos no han sido calificados como indígenas, ya que no cumplen con los requisitos copulativos exigidos por la ley para ser calificados de tales.

Es por estas consideraciones, que la Corte Suprema revoca el recurso de protección que había sido concedido por la Corte de Apelaciones de Temuco.

Es decir, en esta ocasión, la Corte Suprema estima que por no haber sido argumentada y especificada la afectación directa de las comunidades mapuche, el SEA no ha incurrido en una actuación ilegal de las que se señalan como causal para la procedencia del recurso de protección. La Corte estima, que de la revisión de los antecedentes otorgados por las partes, no es posible determinar de qué manera se ven vulneradas sus formas de vida por la construcción del proyecto. Es decir, en este caso, la justificación para no consultar se enmarcaría dentro del concepto de *afectación directa*, por estimar que el área de influencia del proyecto no afectará directamente a las comunidades.

2. Caso Comunidad Indígena Antonio Huenuñaco²⁰⁹

La comunidad indígena Antonio Huenuñanco, de la comuna de Pucón, interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, con motivo de la resolución exenta N°242 del 9 de Octubre de 2009, que calificó favorablemente la dedaración de impacto ambiental del proyecto “Piscicultura Palguín” de la sociedad agrícola Terratur Limitada.

²⁰⁹ Corte Suprema, sentencia rol 1525-2010 de fecha 23 de octubre de 2010.

Según los hechos relatados en la sentencia de segundo grado, el proyecto consistía en la construcción de una piscicultura con una producción de 80 toneladas de salmonoides por año. Se ubicaría en el sector Palguín de la comuna de Pucón, a ochocientos metros aguas arriba por el río Palguín de las comunidades mapuches de Palguín Bajo, en la que habitan cerca de 200 familias y de la comunidad Antonio Huenuñanco en la que habitan cerca de 110 familias, que se ven directamente amenazadas por el proyecto, siendo la principal preocupación la contaminación del río Palguín como consecuencia del proyecto²¹⁰.

Es así como la comunidad Antonio Huenuñanco, recurre de protección ante la Corte de Apelaciones de Valdivia. Ésta, reconoce la autoejecutabilidad de las normas del convenio 169, referidas a consulta indígena. Además señala que no se puede dejar de aplicar el convenio por la aplicación del decreto supremo 124 del MIDEPLAN, en virtud de lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que señala que no se pueden invocar disposiciones de derecho interno para incumplir con las obligaciones internacionales. Por lo tanto, la Corte de Apelaciones de Temuco, concede el recurso de protección a favor de las comunidades de Pucón.

Sin embargo, la Corte Suprema, conociendo de la apelación del recurso de protección, revoca el fallo de primera instancia. La comunidad afectada sostiene que en el caso concreto, era necesaria la realización de un estudio de impacto ambiental (EIA), frente a la declaración de impacto ambiental, que existía en los hechos. La Corte señala, que de los antecedentes acompañados por las partes, se desprende que nunca se solicitó oportunamente la realización de un Estudio de Impacto ambiental, en vez de una declaración de impacto ambiental y que el proyecto no reúne los requisitos que requiere un estudio de esas características, toda vez que no se generan consecuencias considerables en el medio ambiente. Señala además, que la participación ciudadana, sólo es requerida en los estudios de impacto ambiental, y que como en los hechos eso no era necesario, no existió esta instancia de participación obligatoria²¹¹.

En lo referente a la consulta del Convenio N°169, indica que ésta procede sólo en el evento de existir una *afectación directa* a los pueblos indígenas, lo que en la especie, conllevaría la necesaria concurrencia de los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente. En tal caso, habría correspondido efectivamente, realizar un Estudio de Impacto

²¹⁰ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 1705-2009, de fecha 21 de enero de 2010.

²¹¹ Corte Suprema, sentencia rol 1525-2010 de fecha 23 de octubre de 2010, considerando 11.

Ambiental²¹². Con este razonamiento, la Corte, de alguna forma supedita, la realización de la consulta a la resolución de un órgano de carácter administrativo, como lo es la Comisión Regional del Medio Ambiente, además de enmarcarla dentro de los procedimientos administrativos contemplados por la legislación ambiental y no dentro de los márgenes en los que se debe desenvolver una consulta, previa, libre e informada, como lo establece el Convenio 169 de la OIT.

3. El caso del ducto celco²¹³.

Según los hechos descritos en la sentencia de segunda instancia, la empresa Celulosa Arauco tenía como proyecto el de emplazar un ducto que depositara sus residuos químicos (riles) en el mar de la región de Los Ríos, en la bahía de Mehuín. Dicho proyecto había sido ampliamente rechazado por la comunidad del sector, entre ellos lafkenches y pescadores artesanales²¹⁴. Celco, escoge un lugar en la zona litoral donde habitan comunidades Mapuche Lafkenche. Mehuín, es una bahía donde desemboca el pequeño río Lingue, rodeada de cerros de la cordillera costera, aislado geográficamente. Las comunidades afectadas estimaron que el vertido de los riles de la planta Valdivia en sus costas, causará un grave daño ambiental en el borde costero, con la descarga de elementos de enorme peligrosidad, lo que a la larga conllevaría la desaparición de las comunidades del sector que basan su estilo de vida en la pesca²¹⁵.

La Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó el recurso de protección presentado por las comunidades afectadas, basándose, entre otros argumentos, en el decreto supremo 124 del MIDEPLAN. Arguye que la consulta es necesaria cuando se trate de planes y programas nuevos, de políticas nuevas, que afecten directamente a los pueblos indígenas, circunstancias ajenas al acto administrativo impugnado²¹⁶.

Conociendo de la apelación del recurso de protección, la Corte Suprema, confirma el fallo de primera instancia, es decir, rechaza el recurso de protección, fundándose en que el deber de consulta busca conseguir un acuerdo entre ambas partes, pero que en ningún caso es un mecanismo de participación popular vinculante y que la soberanía reside en la Nación, lo que es

²¹² Corte Suprema, sentencia rol 1525-2010 de fecha 23 de octubre de 2010, considerando 12.

²¹³ Corte Suprema, causa rol 4078-2010 de 14 de octubre de 2010,

²¹⁴ Conflicto Ducto Celco en Mehuín, un caso de derechos humanos, en <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=2886> [visitado el 01 de octubre de 2013]

²¹⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia rol 148-2010 del 26 de mayo de 2010.

²¹⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia rol 148-2010 del 26 de mayo de 2010, considerando duodécimo.

coherente a que los pueblos originarios están sometidos al imperio de la Constitución, por lo que no se le han conferido facultades que conlleven el ejercicio de la soberanía²¹⁷.

Asimismo, señala que el deber de consulta se enmarca dentro del derecho a participación ciudadana que consagra la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, N° 19.300, a través del procedimiento que se señala en los artículos 26 a 31 de dicho cuerpo legal.²¹⁸

Esta sentencia cuenta con el voto disidente del ministro Aroldo Brito, quién señala que el acto de desplegar información no corresponde a una consulta, puesto que cuando sólo se entregan antecedentes, el receptos de los mismos no tiene posibilidad de poder influir en la decisión, por ello en el diálogo debe tenerse en mira lograr un acuerdo, de buena fe, abandonando perspectivas propias en búsqueda de consenso²¹⁹.

5. Caso del Parque Eólico Chiloé²²⁰,

La comunidad indígena *Antu Lafquen de Huentetique*, recurre de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por un proyecto que está ubicado en una zona de influencia indígena, a sólo 4 kilómetros de la comunidad y a 400 metros de asentamientos ancestrales, en particular un cementerio indígena. Por otro lado la comunidad realiza actividades pesqueras y turísticas, por lo también podría haber repercusiones económicas y sociales. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rechaza el recurso de protección por no existir un acto arbitrario e ilegal²²¹.

Es así, como la Corte Suprema, conociendo de la apelación del recurso de protección, referida a la resolución exenta N°373/2011 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos que calificó favorable el proyecto “Parque Eólico Chiloé”, accede a la petición de la comunidad indígena, revocando la sentencia de primera instancia, concediendo el recurso de protección.

Señala que se faltó al deber de consulta que contempla el Convenio 169 de la OIT, puesto que los hallazgos arqueológicos que desde un principio aparecieron de manifiesto en la zona donde su ubicaría el proyecto, debieron ser considerados para el estudio de impacto ambiental.

²¹⁷ Corte Suprema, causa rol 4078-2010 de 14 de octubre de 2010, considerando 2.

²¹⁸ Corte Suprema, causa rol 4078-2010 de 14 de octubre de 2010, considerando 7.

²¹⁹ Corte Suprema, causa rol 4078-2010 de 14 de octubre de 2010, voto disidente, considerando 2.

²²⁰ Corte Suprema, causa rol 1090-2011, de 22 de marzo de 2012.

²²¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol 239-2011, de fecha 11 de octubre de 2012.

Por otro lado, señala que las “instancias de participación” que ocurrieron en los hechos, consistentes en reuniones de acercamiento e información, están lejos de satisfacer las especiales características que posee la consulta, cuya omisión es reprochable ya que el mero despliegue de información no constituye un acto de consulta a los afectados.

La Corte Suprema accede a la petición de la comunidad huilliche, debido a que en los hechos, se realizó una declaración de impacto ambiental, cuando correspondía la realización un estudio de impacto ambiental llamado “Línea base aspectos culturales y arqueológicos”, toda vez que se ven afectados 18 sitios arqueológicos, que constituían un cementerio indígena de alrededor de 6.000 años. En este caso era pertinente la realización de un estudio de impacto ambiental, para poder dar cumplimiento a la consulta del Convenio 169 de la OIT. Además reconoce que éste mecanismo de participación está también garantizado, en la Constitución Política de la República en su artículo primero, cuando señala que todos los integrantes de la comunidad nacional deben intervenir con igualdad de condiciones en la vida nacional, en pos de su mayor realización espiritual y material posible.²²² Además sostiene que la resolución de calificación ambiental impugnada, no es fruto de un proceso de consulta idóneo, y que vulnera la igualdad ante la ley, ya que al no aplicarse la consulta del convenio 169, desconoce un trato igualitario a las comunidades indígenas²²³

5. Caso comunidad Huascoalinos²²⁴

El proyecto minero “El Morro” se ubica en la III Región de Atacama, en la provincia de El Huasco y Copiapó, comunas de Alto del Carmen, Copiapó, Freirina, Huasco y Vallenar. Consistía en la construcción y operación por 14 años, de una mina a tajo abierto para la extracción de oro y cobre. El proyecto incluía la utilización de 2.463 hectáreas, afectando distintos territorios desde la montaña hasta el mar y abarcando grandes extensiones de tierras de la Comunidad Agrícola Diaguita de Los Huascoalinos. El área de afectación del proyecto, incluye terrenos de la “Estancia Huasco Altina” de propiedad de la comunidad agrícola de origen Diaguita²²⁵.

La comunidad indígena, interpuso recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en contra de la Comisión de Evaluación de III Región de Atacama, con motivo de la

²²² Corte Suprema, causa rol 10.090-2011, de fecha 22 de marzo de 2011, considerando 5.

²²³ Corte Suprema, causa rol 10.090-2011, de fecha 22 de marzo de 2011, considerando 9.

²²⁴ Corte Suprema, causa rol 2211-2012, de fecha 27 de abril de 2012.

²²⁵ Proyecto Minero el Morro, en <http://www.indh.cl/mapaconflictos/conflicto/detalle/49> [visitado el 13 de octubre de 2013]

Resolución Exenta N°049/2011, de fecha 14 de marzo de 2011 que calificó favorablemente el proyecto “Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro” cuyo titular es la Sociedad Contractual Minera El Morro. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, acogió el recurso de protección, ordenando la paralización del proyecto.

Es así, como conociendo de la apelación del recurso de protección, la Corte Suprema confirmó el fallo de primera instancia. Señala que la resolución impugnada desconoció que el proyecto se emplazaba en tierras indígenas, lo que conllevó la omisión de la aplicación del Estatuto Indígena. Además, agrega que el acto es arbitrario e ilegal, porque se genera el desplazamiento de los crianceros, vulnerando derechos territoriales, de aguas, costumbres y formas de vida.

Señala que las medidas de resarcimiento señaladas como efecto del reasentamiento, sólo ayudan a tres familias de crianceros que usan Quebrada Larga y que no están definidos los terrenos que se adquirirán para compensar estas tierras, ni el mecanismo legal. Asimismo, deben garantizar que las tierras de reemplazo tengan similares características a las que ocupaba la comunidad. Así, *“el artículo 16 del Convenio 169 de la O.I.T., se pronuncia explícitamente sobre el traslado de pueblos indígenas de sus tierras, señalando como principio rector que no deberán ser trasladados de sus tierras, la reubicación será una medida excepcional y en circunstancias que se consideren inevitables, exigiendo el consentimiento de los pueblos interesados”*²²⁶. Agrega que éstos deben tener una comprensión y un conocimiento de las implicancias del desplazamiento de sus tierras, lo que de no ser así, en los hechos atentaría contra la identidad del pueblo diaguita.

Señala la Corte Suprema, remitiéndose a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que La Resolución de Calificación Ambiental es arbitraria e ilegal, ya que no hace aplicación de los derechos de participación y consulta del Convenio 169 de la OIT. Éstos se encuentran establecidos en los artículos 6, 7, 15 y 16 de dicho convenio, siendo su titular la Comunidad recurrente y sus miembros. En el caso concreto, se ve afectado el derecho que contempla el artículo 16N°2 del Convenio, porque el proyecto implica el desplazamiento de miembros del pueblo indígena de sus tierras. Para que pueda concurrir el desplazamiento, *“debe ser con el consentimiento libre e informado de los afectados, normativa que no ha sido considerada por la titular al presentar el estudio de impacto ambiental ni por la autoridad evaluadora”*²²⁷. En este caso, el traslado, como medida de mitigación, fue propuesto unilateralmente por el ente titular del proyecto, en una mesa

²²⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 618-2011, considerando primero, N°2.

²²⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 618-2011, Considerando primero N°3.

de diálogo en la que ni siquiera se invitó a la comunidad afectada, razón por la que por lo menos se puede entender afectado el principio de la buena fe que establece el convenio.

7. Caso Pascua Lama²²⁸

La comunidad “Diaguita”, ubicada en la cuenca alta del río Huasco, valle del Tránsito, recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Copiapó, debido a las consecuencias dañinas que ha generado el proyecto minero Pascua Lama en el medio ambiente, el que se ubica en el mismo lugar que la comunidad. Las principales actividades que realiza la comunidad, son de carácter agrícola y ganadera, por lo que los recursos hídricos son vitales para su sustentación, los que, en concepto de los recurrentes, fueron intervenidos ilícitamente por la empresa denunciada. Además, sostienen que no se realizó una consulta a la comunidad afectada.

El proyecto minero fue aprobado por la COREMA en el año 2001, para que luego en el año 2006, mediante una resolución de calificación ambiental, se aprobaran modificaciones al proyecto Pascua Lama. Entre las medidas para evitar la contaminación de las aguas, la empresa canadiense se comprometió a construir obras que evitaran el contacto de las aguas puras con las aguas contaminadas, así como la operación de una planta para tratar drenajes ácidos de roca, entre otros. Estas medidas debían realizarse antes del inicio de las obras, pero en los hechos, no se terminaron o bien no están funcionando o no se encuentran autorizadas. Es por ello, que los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, han sufrido menoscabos considerables, producto de la falta de cumplimiento de las medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental del año 2006. Dicha resolución, en definitiva, ordenaba la no intervención de los glaciares por parte de la empresa minera.²²⁹

La Corte Suprema confirmó la sentencia de primer grado, ordenando la paralización indefinida del proyecto hasta que no se cumpla con las medidas dispuestas en la RCA del año 2006.

En lo concerniente a la consulta indígena, los actores solicitaron que se ordenara a la autoridad administrativa que constatará si las condiciones eran o no las mismas al momento de la aprobación del proyecto Pascua Lama, pues de no ser así, solicitaron la revocación de la Calificación Ambiental, debiendo ingresar el proyecto a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, el cual deberá realizarse de acuerdo a la legislación actualmente vigente, **debiendo incluir la**

²²⁸ Corte Suprema, causa rol 5339-2013, 25 de septiembre de 2013.

²²⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó, causa rol 300-2012, de fecha 15 de junio de 2013.

consulta a los pueblos originarios, conforme ha sido establecido en el Convenio N° 169 de la O.I.T.

La Corte suprema señala que no puede revocar la calificación ambiental, porque eso no fue solicitado en el recurso, excede la esfera de petición de los recurrentes, además de indicar que el objeto del recurso de protección es el restablecimiento del derecho y la protección urgente a quienes han visto menoscabadas sus garantías constitucionales, lo que en la especie, si se cumple, con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó.

A modo de conclusión, respecto de los casos mencionados, se puede señalar que todos ellos, dicen relación con la convergencia de intereses que se produce por la realización de proyectos de inversión en territorio indígena, o en sectores aledaños a viviendas indígenas. Por un lado se observan, los intereses económicos del privado que lo realiza. Por otro, los intereses del Estado, que busca la satisfacción de una necesidad pública a través de la ejecución del proyecto. Y además, los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, que ven amenazada su subsistencia y de su identidad cultural, debido a la íntima relación con sus tierras, buscando que se respete su derecho a vivir en ellas.

Por otro lado, se observa también, que el mecanismo judicial por antonomasia en estos casos, es la acción de protección. Todos los fallos analizados, se han iniciado como una acción de protección, llegando a la Corte Suprema en apelación. Si se admitiera el bloque de constitucionalidad, podría recurrirse de protección, directamente por la falta de consulta en los casos concretos, sin necesidad de dirigir la vulneración a alguno de los derechos que señala el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Dentro de los razonamientos de la Corte Suprema, ésta, encuadra la realización de la consulta indígena dentro del procedimiento de participación ciudadana, que establece la ley 19.300. En la mayoría de los casos, el problema surgía porque el órgano administrativo, la COREMA, decretaba la realización de una Declaración de impacto ambiental, por estimar que no concurrían los requisitos señalados en el artículo 11 de dicha norma, que se establecen para la procedencia de un estudio de impacto ambiental. Es decir, se supedita la realización de la consulta a la decisión de la COREMA. O sea, el criterio del tribunal supremo, para decidir cuándo una medida administrativa es susceptible de afectar directamente a una comunidad indígena, queda condicionado por la

realización o no, de un Estudio de Impacto Ambiental. En los hechos, cuando no se ha realizado dicho estudio, la consulta no procede, y para que proceda, éste debe realizarse.

Otro punto interesante en los razonamientos de la Corte, fue el del concepto de afectación directa. Fue el punto decisivo en el caso Melipeuco Freire, en el que se desestima el recurso de protección respecto del que apelaban las comunidades, por considerar que en los hechos no había afectación directa. No quedan claros cuáles son las consideraciones objetivas que estima la Corte, para determinar cuándo hay o no hay afectación directa. En este sentido el Convenio N°169 es genérico y no lo define mayormente. Sin embargo, parece relevante recordar que el relator especial James Anaya, ha señalado que es aquella afecta a los pueblos indígenas de un modo no percibido por la población no indígena.²³⁰

Mismamente, se pudo constatar, que la forma de entender el concepto de consulta indígena, ha variado según los criterios de la Corte. En algunos casos, ha señalado que el derecho a consulta, se encuadra dentro de los derechos a participación que reconoce la legislación nacional, pero que en ningún caso constituye una forma de ejercer la soberanía, y que dichas formas están expresamente señaladas por la Constitución, por lo tanto, la consulta, no es un mecanismo de participación vinculante. Sin embargo, en otros casos, ha reconocido las características especiales que posee este deber, entendiendo que difiere de las formas de participación consagradas en la legislación nacional.

Por otro lado, del razonamiento de los sentenciadores supremos, resulta preocupante la reducción del campo de aplicación de la consulta indígena. Según lo establecido por la Corte Suprema en los fallos analizados, la ésta sólo sería obligatoria en los casos en que la ley sectorial prescribe la participación ciudadana, por lo tanto, cuando en los hechos no se requiera dicha participación por tratarse de una declaración de impacto ambiental, la consulta sólo tendría un carácter facultativo y por lo mismo, se vería limitada en los hechos.

Además, el carácter previo de la consulta, se ve afectado en la mayoría de los casos analizados. Esto, porque en los hechos, primero, se decreta que es procedente una declaración de impacto ambiental y se procede a iniciar el proyecto, hipótesis en la cual no se realiza consulta alguna.

²³⁰ ANAYA, James “Informe del relator especial sobre las situaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, p.17, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

Luego, por esta falta de consulta, se recurre a la justicia y ésta determina la pertinencia de la realización de un estudio de impacto ambiental y en ese contexto la ejecución de la consulta.

Es decir, bajo esta forma de entender el deber de consulta, por el Estado en general, resulta en los hechos que la posibilidad real de influir que tienen los pueblos indígenas se ve considerablemente menoscabada, toda vez que la mayoría de las veces los proyectos ya se encuentran en ejecución, produciendo sus efectos en la comunidad. Esto, es también una falta a la buena fe que debe concurrir por parte del Estado, ya que difícilmente ésta puede asistir si la consulta se realiza con posterioridad a la ejecución del proyecto.

Finalmente, se observa que el deber de consulta, ha sido, objeto de interpretaciones diversas en nuestro ordenamiento jurídico, correspondiéndole a los tribunales delimitar su sentido y alcance en los casos concretos. Es por ello, que se reconoce la necesidad imperante de una regulación legal de esta materia, debido a las particulares características de la consulta indígena, la cual debe ser acorde al derecho internacional.

Además, el Convenio N° 169 de la OIT, tiene un rango de ley e incluso, aunque discutido por la doctrina como se señaló en el capítulo 3, un rango superior. Por ello, su regulación a través de un reglamento limita la garantía de éste derecho. Así, como señala Jorge Contesse *“...la regulación de derechos fundamentales, por disposición constitucional e internacional debe realizarse por ley, no por reglamento. En el mismo sentido, al tratarse la consulta de un procedimiento, debiera quedar sujeta –al menos en los casos en que se trate de medidas administrativas– a la regla del artículo 63, n° 18 de la Constitución, la que prescribe que solo son materias de ley las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”*.²³¹ Se concluye que no le corresponde a la Corte Suprema determinar cuándo proceden las consultas, cuando hay afectación directa, etc, son problemáticas que debiera solucionar el legislador para que de esta manera el estado en general, pueda dar cumplimiento efectivo al deber de consultar.

²³¹ CONTESSE, Jorge “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas” *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, 2011*, p.185, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

Capítulo 4: “La Consulta de la Consulta”

4.1 Generalidades

En el presente capítulo, se pasará de lleno a responder a la interrogante **¿Cómo se ha reglamentado en Chile el deber de consulta, desde el año 2009 hasta el 2013 a la luz del Convenio 169 de la OIT?**

Para ello, se mencionará a modo de antecedente, el anterior reglamento de consulta indígena que regía en el país desde el año 2009, el Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación.²³² Esto, con el fin de conocer al antecesor jurídico del actual reglamento de consulta indígena y su problemática, ya que constituyó el primer reglamento destinado a regular la materia.

El método escogido para determinar cómo se ha regulado en Chile este deber, es el análisis de la consulta efectuada para obtener el nuevo reglamento de Consulta Indígena del que la Contraloría General de la República ya tomó razón²³³, que se inició el año 2011²³⁴ y concluyó el 2013²³⁵. Este proceso de génesis normativo es de relevancia jurídica, primero, porque la materia que pretende regular afecta directamente a los pueblos indígenas. Asimismo, constituye un mecanismo de ejercicio de la autodeterminación, que sentará las bases de la realización de todas las futuras consultas que se realicen en el país.

Segundo, porque reconoce la necesidad de establecer un mecanismo institucionalizado que la norme, independiente de que los artículos 6° y 7° del Convenio, hayan sido señalados como autoejecutables por el Tribunal Constitucional, asunto que fue tratado en el capítulo 3. Y por último por la metodología sui generis que se empleó en su gestación, debido a que se reguló a medida que se hizo, ya que no había un precedente anterior en el país que sirviera de modelo, lo que también se tradujo en dificultades. A fin de responder a la pregunta de investigación, se hará

²³² Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación, promulgado el 04 de septiembre de 2009 y publicado el 25 de septiembre de 2009, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²³³ Ministro Baranda informa a los pueblos indígenas de nuevo reglamento, en <http://www.biobiochile.cl/2014/02/26/ministro-baranda-informa-a-pueblos-origenarios-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.shtml> [visitado el 28 de febrero de 2014]

²³⁴ Consulta sobre Institucionalidad Indígena, en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/03/08/ministro-kast-realiza-anuncios-sobre-politica-indigena-en-la-region-de-la-araucania> [visitado el 03 de enero de 2014]

²³⁵ Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, en <http://www.consultaindigena.cl/Reglamento-Nueva-Normativa%20de-Consulta-Indigena.pdf> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

un análisis del proceso, identificándose las virtudes y los defectos del mismo, con el objeto de determinar su conformidad o disconformidad a los estándares que establece el Convenio N° 169 de la OIT.

Para ello se hicieron entrevistas semi-estructuradas con preguntas abiertas, siendo algunas preguntas iguales para todos. Los entrevistados, son personas que intervinieron directamente en “la consulta de la consulta” y especialistas en derecho indígena. Algunos informantes, fueron escogidos por sus competencias académicas y su experticia en la temática analizada, otros por ser indígenas y haber participado del proceso, por lo que podían dar una mirada desde su cultura. Además de considerarse personas no indígenas que también dialogaron con el Estado.

Ellos son: La Señora Laura Seelau, Licenciada en Derecho por la Universidad de Arizona, y Master en estudios Latinoamericanos, por la misma Universidad, coordinadora del “proyecto para libre determinación indígena”.

El Señor Cristián Sanhueza Cubillos, Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, diplomado en pensamiento contemporáneo, egresado de derecho en la Universidad Diego Portales, asesor de las comunidades indígenas en el proceso de consulta sobre la consulta.

El Señor Daniel Maribur, mapuche, asesor del consejo de Lonkos de la comuna de Arauco, participante de la consulta sobre la consulta.

El Señor Julio Anativia, abogado, Director Regional de CONADI en la Región del Bio-Bío.

El Señor. Marcial Colín, mapuche, Licenciado en Educación por la Universidad Católica de Chile, actualmente profesor en la Universidad Bolivariana en la carrera de Pedagogía Intercultural Bilingüe, Consejero de la CONADI, presidente de la Comisión de consulta de la CONADI.

En este capítulo, se analizará la consulta de la consulta en base a los estándares señalados por el Convenio N°169 de la OIT, según el cual ésta debe ser previa, mediante procedimientos apropiados, de buena fe, mediante las instituciones representativas de los pueblos originarios y con el objetivo de lograr el consentimiento.

4.2 Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación²³⁶, el inconsulto antecesor jurídico del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social²³⁷.

Esta mención es sólo a modo de antecedente, puesto que el actual reglamento de consulta indígena, Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, en su artículo segundo, establece la derogación del Decreto Supremo N° 124.

El Convenio N° 169 de la OIT, entró en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009. En ese entonces, y haciendo eco del mandato del artículo 34 del Convenio 169, que señala *“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”*, el gobierno de turno elaboró un reglamento de carácter transitorio, cuyo objetivo señalado en su artículo 2, era regular *“la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, establecida en el artículo 34 de la Ley 19.253”*. Es decir, buscaba otorgar una reglamentación para la consulta indígena y también para la participación que reconoce el artículo 34 de la ley 19.253, que señala que *“Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.*

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”.

²³⁶ Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN. Reglamenta el artículo 34 de la ley 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas. Promulgado el 04 de septiembre de 2009 y publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2009.

²³⁷ Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, aprueba reglamento que regula la consulta indígena en virtud del artículo 6N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica. De 15 de noviembre de 2013. Del cual se tomó razón el 26 de febrero de 2014, “Ministro Baranda informa a los pueblos indígenas de nuevo reglamento”, en <http://www.biobiochile.cl/2014/02/26/ministro-baranda-informa-a-pueblos-origarios-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.shtml> [visitado el 28 de febrero de 2014]

Este reglamento, es el Decreto Supremo 124 del entonces, Ministerio de Planificación. Fue promulgado el 04 de septiembre de 2009 y publicado el 25 de septiembre de ese mismo año.

El texto del decreto supremo 124, fue criticado en su oportunidad, por el Instituto Nacional de Derechos Humanos²³⁸, por los pueblos indígenas, y entre ellos destaca la agrupación *Lakutun*²³⁹, por el relator especial de la ONU, James Anaya²⁴⁰ y por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT²⁴¹.

Entre las principales críticas a este texto normativo, la principal, es que restringe y limita la aplicación de la consulta indígena, en términos que el Convenio N°169 no señala. Es así, como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en su informe de 2010, señala que *“Los artículos 16 y 21 del decreto parecen dejar la decisión a los órganos administrativos en cuanto a la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o de participación.*

El artículo 7 del decreto parece limitar la consulta a aquellos casos que [...] diga[n] relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [...] o se refiera[n] a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables».

El artículo 14 parece limitar la consulta a la concepción de las medidas administrativas o legislativas (ideas matrices).

²³⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos pide derogación del Decreto Supremo N°124 del MIDEPLAN, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/centro-de-ddhh-solicita-invalidacion-de-decreto-supremo-124-de-mideplan/> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²³⁹ Decreto supremo N°124 limita aplicación de la consulta indígena, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/component/acymailing/archive/view/listid-1-mailinglist/mailid-136-chile-decreto124.html> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁴⁰ “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/389-rs-informe-chile-2009.html> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁴¹ Solicitud directa (CEACR) – Adopción 2010, Publicación: 100° reunión CIT (2011), en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2334939,es [visitado el 12 de diciembre de 2013]

El artículo 15 del decreto parece adolecer de falta de claridad al establecer excepciones en cuanto a los casos de emergencia «o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano»²⁴²

En este sentido, Marcial Colín y Carmen Flores, ambos indígenas, el 05 de julio de 2011, presentaron una solicitud de invalidación del Decreto Supremo N° 124 ante el Ministro de Planificación, por ser contrario a derecho, a fin de que el mismo cesara de producir efectos, según lo establecido en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo 18.880. Se fundaban, en que este acto administrativo, vulneraba la Constitución Política, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la ONU²⁴³. Entre sus fundamentos centrales, se destaca la vulneración al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, que este acto administrativo no fue consultado, que no cumple con los estándares del derecho internacional en cuanto a consulta previa, y que restringe el alcance de la misma.

Si bien la administración del Estado no acogió la solicitud de invalidación del acto administrativo, en el proceso de consulta sobre el nuevo reglamento de consulta indígena, se acordó establecer un artículo que deroga al Decreto Supremo 124²⁴⁴. A esta solicitud de derogación del decreto, se sumó la Comisión de Derechos Humanos de Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados.²⁴⁵

Debido a la disconformidad del antiguo reglamento de consulta indígena con los estándares del Convenio N°169 de la OIT, y a su cuestionada falta de legitimidad, por no haber sido consultado a los pueblos indígenas, además de su carácter de transitorio, es que se da inicio a un proceso de

²⁴² Solicitud directa (CEACR) – Adopción 2010, Publicación: 100° reunión CIT (2011), en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2334939,es [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁴³ Solicitud de Invalidación, en http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2011/07/aip_invalidacion_ds124.pdf [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁴⁴ Pueblos Indígenas y Gobierno acuerdan derogación del Decreto Supremo 124, en http://www.consultaindigena.cl/articulo130513_1.html [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁴⁵ Oficio N°301-43-2011, Solicita derogar decreto supremo 124/2009 de MIDEPLAN, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/c169/consultacl/753.html?task=view> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

consulta para establecer un nuevo reglamento. Este proceso, se inicia debido a la demanda de los pueblos indígenas²⁴⁶.

4.3 Proceso de consulta sobre la reglamentación de la consulta.

El Estado chileno, reconociendo la necesidad de un mecanismo institucionalizado que regule la forma de consultar, emprendió el rumbo en un proceso que buscaba obtener como resultado, un reglamento que cumpliera con los estándares internacionales vigentes, partiendo por lo primordial: Consultarle a los pueblos indígenas sobre esta medida administrativa que los afectaría directamente.

Es importante destacar que no existe una única manera de consultar, una forma específica, aplicable a todos los casos concretos, a todos los países en todos los tiempos, y esto es así porque el propio Convenio, en su artículo 34, señala que *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”*²⁴⁷. De este modo, la forma de consultar dependerá del contexto en el que se encuentre inserta. Sin embargo, pese a la flexibilidad que predica el Convenio, existen requisitos mínimos de validez que deben concurrir en la consulta.

Pero para determinar si ésta cumplió o no cumplió con los estándares básicos que señala el Convenio 169 de la OIT, la primera pregunta que hay que plantear es ¿Cómo debe realizarse una consulta? La respuesta, la brinda el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que señala *“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;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los

²⁴⁶ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista pregunta N°2 adjunta. De fecha 28 de octubre de 2013, vía correo electrónico debido a la imposibilidad física para poder reunirse en forma personal.

²⁴⁷ ANAYA JAMES, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones de Septiembre 2009”, p.13, párrafo 37, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 23 de diciembre de 2013]

niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que le conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin

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”

Para comprender el sentido y alcance del precepto legal, es necesario recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento. Es así, como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha señalado que lo que los mandantes tripartitos quisieron reconocer en la mencionada disposición, es:

“a) que las poblaciones indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente;

b) que este derecho de participación debería ser efectivo y brindarles la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas;

c) que, para que tal derecho sea efectivo, debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país;

d) que la aplicación de este derecho debería adaptarse a la situación de las poblaciones indígenas y tribales interesadas, a fin de conferirles en cada caso el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural”²⁴⁸

Del artículo 6°, se pueden extraer como requisitos de una consulta, que ésta debe realizarse en forma previa, mediante procedimientos apropiados, de buena fe, mediante las instituciones representativas de los pueblos indígenas y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el

²⁴⁸ OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° Reunión, 2011”, p.860, en http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/WCMS_151559/lang-es/index.htm [visitado el 23 de diciembre de 2013]

consentimiento. ¿Se cumplieron estos estándares en el proceso de consulta sobre el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social?

4.3.1. Debe realizarse en forma previa.

El Convenio N° 169 de la OIT, en su artículo 6° señala que se debe consultar, cada vez que se *prevean* medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. La Real Academia de la Lengua Española, RAE, define *prever* como: 1. Ver con anticipación. 2. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. 3. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias²⁴⁹.

Es decir, debe llevarse a cabo con antelación a la medida que se pretende adoptar. Que la consulta se realice en forma previa, es condición de existencia de la misma. Como señaló el relator especial de la ONU, James Anaya, *“Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169”*²⁵⁰.

En este sentido, el Decreto Supremo N°66, está precedido por dos instancias de participación. La primera, que se inició en marzo de 2011, “La Gran Consulta” o “Consulta sobre la institucionalidad indígena”, que abarcaba diversas temáticas. Sin embargo, este primer intento fue suspendido por el gobierno, haciendo eco de las críticas recibidas por parte de comunidades indígenas, comisión de derechos humanos de la Cámara de Diputados, y el Instituto Nacional de derechos humanos.²⁵¹

Así, como siguiente paso, empieza a sesionar la “mesa de consenso”, en marzo de 2013.²⁵²

La primera fase, se inició debido a todas las falencias y debilidades que presentaba el Decreto Supremo N°124 de MIDEPLAN. En este sentido, el relator especial de la ONU, James Anaya, observó y recomendó a Chile, en su informe del 14 de septiembre de 2009 iniciar un proceso de “consulta de la consulta”, con procedimientos adecuados a los estándares internacionales

²⁴⁹ RAE, significado de prever, en <http://lema.rae.es/drae/?val=prevean> [visitado el 12 de enero de 2014]

²⁵⁰ ANAYA, James “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 26 de diciembre de 2013]

²⁵¹ Ministro Lavín anunció cambios en la institucionalidad indígena, en http://www.consultaindigena.cl/articulo010911_1.html [visitado el 12 de enero de 2014]

²⁵² Comenzó a sesionar “Mesa de Consenso”, en http://www.consultaindigena.cl/articulo0130313_1.html [visitado el 12 de diciembre de 2013]

vigentes, siendo ese uno de los principales desafíos que debía enfrentar el país en materia de consulta²⁵³.

De esta manera, en marzo de 2011, el gobierno dio inicio a un proceso de “**Consulta sobre la institucionalidad indígena**”, también llamado “La gran consulta” que pretendía abordar variados temas relativos a la problemática indígena actual. Entre ellos, se mencionan la reforma constitucional en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas, la creación de la Agencia Nacional de Desarrollo Indígena y Consejo de los Pueblos Indígenas, y el establecimiento de un nuevo reglamento que regulara la consulta indígena y la consulta en el Servicio de Estudio de Impacto Ambiental.²⁵⁴ El mecanismo a seguir en este proceso, fue el de “talleres informativos”, en virtud de los cuáles se reunían indígenas de todo Chile a discutir sobre los temas mencionados con anterioridad.²⁵⁵

En este Contexto, la Señora Laura Seelau, coordinadora del “Proyecto para la Libre Determinación Indígena”, señaló en la entrevista para la presente investigación, cuando se le preguntó por las virtudes y debilidades del proceso que *“Cuando fue anunciada, esta consulta, fueron varios temas muy profundos incluidos, como la consulta en general, la consulta dentro del SEA, la creación de un consejo nacional de pueblos indígenas y todos estos temas mediante sus propios procedimientos de consulta, entonces para poner todos en la mesa, en un solo proceso de consulta, yo creo que hizo más complejo la posibilidad de tener un diálogo claro sobre las distintas asuntos presentados, entonces cuando hay tantos temas sobre la mesa es muy difícil enfocar la conversación en lo esencial, que fue la necesidad de tener algún procedimiento de consulta.”*²⁵⁶

Así, el Señor Marcial Colín, Presidente de la Comisión de Consulta del Consejo de CONADI, señaló en la entrevista realizada para la presente investigación, que *“El proceso se inicia en el momento*

²⁵³ ANAYA, James, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”, p.6, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/389-rs-informe-chile-2009.html> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁵⁴ Ministro Felipe Kast anuncia nueva reglamentación de institucionalidad indígena <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/03/08/ministro-kast-realiza-anuncios-sobre-politica-indigena-en-la-region-de-la-araucania> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁵⁵ Amplia convocatoria de comunidades indígenas en talleres informativos, en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/catastrocal2011/noticias/2011/06/24/con-amplia-convocatoriade-comunidades-collas-se-realiza-el-primer-taller-de-la-consulta-indigena> [visitado el 12 de agosto de 2013]

²⁵⁶ Laura Seelau, entrevista realizada por la memorista pregunta N°4, adjunta. De fecha 23 de octubre de 2013, vía video llamada por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse personalmente.

en que por consenso de los consejeros indígenas electos de CONADI, me eligen presidente de la Comisión de Consulta del Consejo de CONADI. Ese fue el primer ejercicio de discusión con el Gobierno. Ahí fuimos críticos de todos los procesos que se habían iniciado con anterioridad, incluidos los del Gobierno anterior, ya que, desde ningún punto de vista esos procesos tenían algo que ver con “lo que es la consulta”.

En ese sentido planteamos al Gobierno el tema de la realización de una “Consulta de la consulta”, es decir, debíamos crear un mecanismo que nos permitiera realizar todas las consultas que se van a desarrollar en el país, toda vez que se “prevea una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a nuestros pueblos indígenas”. Sumado a ello la demanda permanente de derogación del Decreto 124”²⁵⁷.

Igualmente, cabe mencionar lo que el Señor Julio Anativia, Director Regional de la CONADI en el Bio-Bío, señaló en la entrevista efectuada para la presente investigación. En el momento en que se le preguntó por la crítica sobre la falta de representatividad del proceso, el indicó *“que esa consulta que se desarrolló durante el año 2011, tuvo muchas críticas también propuestas, pero entre las críticas, una de ellas fue la falta de representatividad, no obstante que fue una convocatoria abierta. Producto de ello y de otras observaciones principalmente derivadas de la cantidad de temas que se estaban consultando, los plazos demasiado acotados, se estimó necesario modificar el sistema de consulta”²⁵⁸.*

Mismamente, cabe mencionar lo señalado por la Señora Laura Seelau, en la entrevista realizada para la presente investigación. Cuando se le preguntó por qué habrían ciertos grupos de indígenas que se restaron de participar en el proceso, ella señaló que *“En parte creo que era porque cuando se anunció el proceso de consulta en el año 2010 o 2011 la consulta sobre la institucionalidad indígena, no me acuerdo cual era la fecha exacta, pero en ese momento, cuando el gobierno anunció el proceso, el gobierno ya tenía su propuesta bien desarrollada y también tenía ya desarrollado el procedimiento”²⁵⁹.*

²⁵⁷ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista pregunta N°2 adjunta. De fecha 28 de octubre de 2013, a través de correo electrónico debido a la imposibilidad física de reunirse personalmente.

²⁵⁸ Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1 adjunta. De fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social, Concepción.

²⁵⁹ Laura Seelau, entrevista realizada por la memorista pregunta N°2 adjunta. De fecha 23 de octubre de 2013, a través de video llamada por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

Según la opinión de la entrevistada, este primer intento por regular de forma institucionalizada la consulta indígena, atentaba contra el carácter previo de la misma, porque el gobierno tenía lista su propuesta antes de sentarse a dialogar con los pueblos indígenas. Esto, conllevaba a que la base del diálogo era la propuesta de una de las partes, y no el producto del debate, de la dialéctica entre ambos. O sea, constituía un mero despliegue de información de parte del Estado hacia los pueblos indígenas, reflejando el carácter unilateral de la medida a adoptar.

Por esta misma razón, este proceso de alta convocatoria, fue rechazado por los indígenas²⁶⁰ y por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, esgrimiendo como argumentos, que es un proceso que responde a una convocatoria arbitraria, impuesta por el Estado y que *"La gran consulta" no contempla instancias válidas de diálogo ni acuerdos vinculantes. No es un proceso de buena fe, viciado en su origen y fin, tal como lo prueban las declaraciones de autoridades que han señalado que el Gobierno no cambiará sus planes tras la denominada "gran consulta". En suma, se incumplen requisitos esenciales de validez de una consulta de acuerdo a las normas obligatorias para el Estado"*²⁶¹.

Haciendo eco a las voces que se alzaban en pos de detener el cuestionado proceso, el gobierno decidió suspender la *Gran Consulta*. El entonces ministro de planificación, Joaquín Lavín, señaló que en respuesta a las demanda de los pueblos indígenas, se paralizaba la Gran Consulta, para dar prioridad a establecer un mecanismo de consulta y participación indígena²⁶². Además de ello, el CEACR en su último informe, recomendó al Estado de Chile, que en su próxima memoria indicara cuáles han sido los mecanismos establecidos para obtener una normativa consensuada en materia de consulta, que reemplace al Decreto Supremo 124 del MIDEPLAN, y que refleje el espíritu del Convenio 169²⁶³. En este mismo sentido, en agosto del 2013, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD, recomendó al Estado de Chile, que cumpliera con su obligación de garantizar la consulta de los pueblos indígenas, y que acelere el proceso de adopción de un

²⁶⁰ CONTESSE, Jorge "Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas", en *Informe Anual de Derechos Humanos 2012*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p.186

²⁶¹ Oficio N°301-43-2011, Solicita derogar decreto supremo 124/2009 de MIDEPLAN, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/c169/consultacl/753.html?task=view> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁶² Ministro Lavín anuncia cambios en consulta sobre institucionalidad indígena, en http://www.consultaindigena.cl/articulo010911_1.html [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁶³ Observación (CEACR) - Adopción: 2012, Publicación: 102ª reunión CIT (2013), en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3058398 [visitado el 12 de diciembre de 2013]

mecanismo institucionalizado para llevar a cabo las consultas, que sea ad hoc con los estándares internacionales vigentes²⁶⁴.

Así, el proceso se encaminó sólo a establecer una nueva reglamentación para la consulta, que reemplazara al decreto supremo 124 de MIDEPLAN, el cual tenía un carácter transitorio. El 12 de marzo del 2013, empezó a sesionar la “mesa de consenso”, día en el que se reunieron en el Palacio de la Moneda, los representantes de los 9 pueblos originarios de Chile y autoridades de gobierno, entre ellos el entonces ministro de Desarrollo Social, Joaquín Lavín²⁶⁵, además de contar con la presencia de observadores del proceso, el Instituto Nacional de Derechos Humanos y Naciones Unidas.

De esta forma, se inició un proceso único y desconocido para los actores involucrados. Era la primera vez que se realizaba una consulta sobre un reglamento que iba a regular el modo de consultar, reconociendo así, la necesaria existencia de un reglamento institucionalizado. El método, se fue gestando en el camino. Lo que inició como una acuciosa propuesta de gran consulta, se limitó a lo más básico: lograr determinar cuál iba ser el mecanismo apropiado a la hora de realizar una consulta, el que paradójicamente se iba determinando a medida que se consultaba.

De esta forma, durante el transcurso del año 2013, se realizaron 9 sesiones de la mesa de consenso.

Durante estas sesiones de la mesa de consenso, se presentaron formalmente, 11 contrapropuestas de los pueblos originarios²⁶⁶. Ellas son:

1) “Propuesta sobre reglamento de consulta, artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT”, de *La Coordinación Nacional de Consulta Indígena*.

2) “Propuesta de normativa de consulta” del *Pueblo Rapa Nui*.

²⁶⁴ CERD “Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD/C/CHL/CO/19-21, 30 de agosto de 2013 Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile”, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁶⁵ Comenzó a sesionar “Mesa de Consenso”, en http://www.consultaindigena.cl/articulo130313_1.html [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁶⁶ Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, considerando 15.

- 3) “Propuesta de normativa de consulta previa, libre e informada” de indígenas que habitan en zonas urbanas” de *Organizaciones Indígenas Urbanas de la Región Metropolitana*.
- 4) “Documento de observaciones y propuestas para la consulta de los pueblos originarios” de Organizaciones Mapuche de la Araucanía.
- 5) “Propuesta de Reglamento de Consulta y participación indígena del Pueblo Quechua”, representantes del Pueblo Quechua, Región de Tarapacá.
- 6) “Propuesta de la mesa provincial (Copiapó-Chañaral) indígena Diaguita para nueva normativa de consulta y participación indígena en conformidad de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT”, presentado por Diaguita de Camasquil.
- 7) “Propuesta normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT” ADI de Ercilla.
- 8) “Propuesta sobre reglamento de Consulta” presentado por la Corporación Encuentro Nacional Mapuche (ENAMA).
- 9) “Borrador propuesta Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Consulta y Participación” Organizaciones Indígenas de Arica.
- 10) “Propuesta de la Mesa Indígena Kolla para nueva normativa de Consulta y Participación Indígena”.
- 11) “Propuesta Mesa Diálogo para un reencuentro Histórico”.²⁶⁷

De esta manera, el abogado asesor de las comunidades indígenas, Cristian Sanhueza, en la entrevista efectuada para la presente investigación, cuando se le preguntó por las virtudes y debilidades del proceso, señaló que *“Debilidades creo yo fue que la realidad. Enfrentarse a un proceso que nadie sabía cómo hacer, eso obviamente fue una debilidad uno podría decir, se perdió*

²⁶⁷ Gobierno de Chile. Informe de Trabajo Mesa de Consenso de fecha 06 de Agosto de 2013, en <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

*tiempo en las primeras sesiones porque no encontrábamos la metodología correcta para poder dialogar de una manera fluida...*²⁶⁸.

Es así como se observa, que en esta segunda etapa de la consulta sobre el reglamento, el carácter de previo de la misma, se ve más reflejado que en la primera, porque se avanza en pos del diálogo, buscando la manera de establecer un mecanismo idóneo, que vaya más allá de un mero despliegue de información por parte del estado a los pueblos interesados.

Entonces, desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, hasta el decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, se pueden mencionar en orden cronológico las siguientes actividades realizadas por el Estado de Chile para intentar reglamentar el deber de consulta:

Fecha	Acontecimiento
02 de octubre de 2008	Se promulga el Convenio 169 de la OIT en Chile.
14 de octubre de 2008	Se publica el Convenio 169 de la OIT, en el Diario Oficial.
15 de septiembre de 2009	Entra en vigencia el Convenio 169 de la OIT ²⁶⁹ en Chile
04 de septiembre de 2009	Se promulga el Decreto Supremo de MIDEPLAN.
25 de Septiembre de 2009	Se publica el Decreto Supremo 124 de MIDEPLAN en el Diario Oficial ²⁷⁰ .
08 de marzo de 2011	Se inicia la Consulta sobre Institucionalidad Indígena ²⁷¹ .

²⁶⁸ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista pregunta 3 adjunta. De fecha 24 de noviembre de 2013, vía video llamada por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse personalmente.

²⁶⁹ Convenio N°169 de la OIT, Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁷⁰ Decreto Supremo N°124 del Ministerio de Planificación, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁷¹ Consulta sobre Institucionalidad Indígena, en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/03/08/ministro-kast-realiza-anuncios-sobre-politica-indigena-en-la-region-de-la-araucania> [visitado el 03 de enero de 2014]

01 de septiembre de 2011	Se suspende la Consulta sobre la Institucionalidad Indígena, para dedicarse a elaborar en forma exclusiva, el marco regulatorio de la consulta previa ²⁷² .
06 de septiembre de 2011	Consejo de CONADI crea comisión de consulta, que elabora un propuesta de reglamento de consulta y convoca al proceso de consulta de la consulta ²⁷³
08 de Agosto de 2012	El gobierno presenta a CONADI su propuesta “Nueva Normativa de Consulta y participación Indígena en conformidad a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT” ²⁷⁴
Noviembre de 2012	Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. ²⁷⁵

²⁷² Cambios en la “Gran Consulta Indígena”, en http://www.consultaindigena.cl/articulo160911_1.html [visitado el 03 de enero de 2014]

²⁷³ INDH Informe Inter medio de Observación a la Mesa de Consenso Indígena, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/docs/INDH-Informe-inter-medio-mesa-de-consenso-17-04-2013.pdf> [visitado el 03 de enero de 2014]

²⁷⁴ Propuesta del Gobierno sobre Reglamento de Consulta Indígena, en <http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf> [visitado el 03 de enero 2013]

²⁷⁵ ANAYA, James, Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

30 de Noviembre y 2 de diciembre de 2012	Gran encuentro de pueblos Indígenas ²⁷⁶
12 de marzo de 2013	Primera sesión Mesa de Consenso ²⁷⁷
29 de julio de 2013	9º y última sesión de la Mesa de Consenso ²⁷⁸
29 de octubre de 2013	Gobierno elabora informe final del proceso de consulta denominado “Propuesta de Nueva Normativa de Consulta Indígena” ²⁷⁹
15 de Noviembre de 2013	Se aprueba reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena. Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social ²⁸⁰ .
14 de Enero de 2014	Diputado Gutiérrez, presenta reclamo de ilegalidad contra el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, a fin de que el contralor no tome razón del mismo ²⁸¹ .

en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf> [visitado el 10 de enero de 2014]

²⁷⁶ Gran Encuentro de Pueblos Indígenas, en <http://www.consultaindigena.cl/gran-encuentro.html> [visitado el 10 de enero de 2014]

²⁷⁷ Comenzó a sesionar Mesa de Consenso Indígena, en http://www.consultaindigena.cl/articulo130313_1.html [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁷⁸ Última sesión Mesa de Consenso Indígena en <http://www.consultaindigena.cl/mesa10.html> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁷⁹ Informe Final Consulta Indígena sobre la nueva normativa, en <http://www.consultaindigena.cl/Informe-Final-Nueva-Normativa-de-Consulta.pdf> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁸⁰ Decreto N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, en <http://www.consultaindigena.cl/Reglamento-Nueva-Normativa%20de-Consulta-Indigena.pdf> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁸¹ Diputado Gutiérrez presenta reclamo de ilegalidad ante la Contraloría General de la República, en http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=88525 [visitado el 17 de enero de 2014]

26 de febrero de 2014	Ministro Baranda, informa a los pueblos originarios de la toma de razón del Decreto Supremo N°66, por la Contraloría General de la República. ²⁸²
-----------------------	--

En este sentido, la primera reglamentación elaborada por el Estado fue el Decreto Supremo N°124 de MIDEPLAN, que como se mencionó con anterioridad, distaba de los estándares básicos señalados por el convenio y respecto al cual no se realizó consulta alguna.

En cuando a la consulta sobre el Decreto Supremo N°66, para determinar el carácter previo de la misma, hay que distinguir entre el primer y segundo esfuerzo por reglamentar la temática, realizados por el Estado.

En la primera fase, de acuerdo al informe del Relator Especial de la ONU, éste señala que recibió quejas por parte de diversas organizaciones de los pueblos indígenas y de los consejeros indígenas ante la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), quienes rechazaron el proceso de consulta de institucionalidad indígena, debido a que *“la agenda, textos, temas y orden de la consulta no habían sido acordados previamente con los pueblos indígenas, que la metodología era inapropiada, y que se postergaba para el final del proceso la derogación del Decreto 124/2009 de MIDEPLAN y la aprobación de una nueva reglamentación de las consultas”*²⁸³.

Se puede concluir, que en la primera instancia el Estado y los pueblos originarios, se encontraban en una fase de unilateralismo, es decir se limitó a un mero despliegue de información completamente determinado con antelación a la instancia de discusión, por lo que este carácter de previo no se cumplió. Porque como señala la RAE, prever es “disponer o preparar medios contra futuras contingencias” y no como ocurrió en la especie en la que la posibilidad real de influir de los pueblos indígenas, no era tal. Así, la Corte IDH, ha señalado que *“Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser*

²⁸² Ministro Baranda se reúne con pueblos originarios por toma de razón de reglamento de consulta, en <http://www.biobiochile.cl/2014/02/26/ministro-baranda-informa-a-pueblos-originarios-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.shtml> [visitado el 01 de marzo de 2014]

²⁸³ ANAYA, James, Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf> [visitado el 10 de enero de 2014]

*consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas*²⁸⁴.

Debido a las falencias de este primer interno, el Estado dio inicio a la segunda etapa, la que, como queda de manifiesto en la tabla con los acontecimientos relevantes, sí contó con instancias anteriores a la medida administrativa, en las que por lo menos hubo un diálogo entre ambas partes, por lo que esta segunda fase sí cumplió con el carácter de previo que debe tener una consulta.

4.3.2. Procedimientos apropiados.

El Convenio N° 169 de la OIT es amplio y genérico en cuanto a este estándar ¿Qué debe entenderse por procedimientos apropiados?, Para que cumpla con esta condición, debe *“ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útiles, sinceras y transparentes”*²⁸⁵. Así, el relator especial de la ONU, James Anaya, ha señalado que *“Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance”*²⁸⁶.

Por esta razón, los procedimientos adecuados implican la existencia de un clima de confianza y respeto entre las partes. Para la Corte Interamericana, *“el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones.”*²⁸⁷

Siguiendo esta idea, el Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento del deber de consultar en Guatemala, señaló que es de vital importancia hacer todos los esfuerzos para que existan acuerdos en lo atinente a los procedimientos, por lo que

²⁸⁴ Corte IDH, caso pueblo Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, párrafo 181, de 27 de junio de 2012

²⁸⁵ OIT, “Convenio Número 169 de Pueblos Indígenas y tribales en la práctica, un manual”, p.17, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 01 de marzo de 2014]

²⁸⁶ ANAYA, James, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 12° periodo de sesiones, 15 de julio de 2009”, p.17, párrafo 41, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁸⁷ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007, párrafo 131.

éstos deben contar con una amplia difusión y es muy importante la existencia un clima de confianza con los pueblos indígenas que favorezca un diálogo productivo²⁸⁸. Por ende, para que exista este clima de confianza y respeto mutuo, es necesario que exista un consenso en cuanto al procedimiento utilizado para consultar, y que se respeten las instituciones representativas de los pueblos indígenas²⁸⁹.

Además el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha señalado que hay que tener en cuenta las circunstancias de los pueblos indígenas y las medidas a ser consultadas²⁹⁰.

¿Cuáles fueron los procedimientos llevados a cabo por el estado, para el desarrollo de esta consulta? Es necesario hacer una distinción entre la primera y segunda etapa.

a) Primera Etapa. Consulta sobre Institucionalidad Indígena: “Crónica de una muerte anunciada”

El proceso estuvo caracterizado por un despliegue de información del gobierno hacia los pueblos indígenas, de difusión y de talleres presenciales. Así Sebastián Donoso, el asesor general de asuntos indígena del gobierno, en este entonces, señaló al 30 de mayo de 2011, los momentos agendados por el gobierno para esta “gran consulta” eran:

“a) Etapa participativa inicial: se realizó en las mesas indígenas regionales y su resultado se usó como uno de los principales insumos para diseñar este procedimiento de consulta.

b) Etapa de difusión: a través de los medios de comunicación y utilizando otros medios como correo postal, correo electrónico, mensajes de texto y la página Web de la consulta se informará ampliamente sobre el procedimiento y se entregará la información sobre el contenidos de los temas a consultar.

²⁸⁸ ANAYA, James, “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005)”, párrafo 53, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID_P50012_LANG_CODE:2507321.es [visitado el 27 de diciembre de 2013]

²⁸⁹ ANAYA, James “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 12º periodo de sesiones, 15 de julio de 2009”, p.17, párrafo 51, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 23 de diciembre de 2013]

²⁹⁰ OIT. “Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010”. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, p.53, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

c) *Etapas de entrega de información: se contempla realizar 120 talleres presenciales en las comunas con mayor concentración de población indígena, con el objetivo de entregar el material de consulta, mostrar un video para paralizar las minutas de posición y absolver preguntas.*

d) *Etapas de diálogo interno: Una vez recibida la información, las comunidades indígenas tendrán sus procesos de diálogo interno sobre los temas consultados. Se destaca que en esta etapa las organizaciones indígenas podrán solicitar un apoyo financiero de hasta \$500.000 pesos para financiar encuentros auto-convocados y contratar asesoría técnica independiente que los apoye en la formulación de sus propuestas.*

e) *Etapas de formulación de observaciones: se contempla realizar 120 talleres presenciales, donde las que las organizaciones podrán absolver dudas, solicitar más información y formular sus observaciones, si así lo desean.*

f) *Etapas de recepción de propuestas: se consideran 30 días sin actividades en las que sólo se recepcionarán las observaciones de las personas y organizaciones indígenas a través de los distintos canales dispuestos.*

g) *Sistematización y diálogo: una vez terminada la sistematización de las observaciones recibidas, se realizarán actividades de diálogo entre las autoridades e instituciones representativas de los pueblos originarios para dialogar en torno a los resultados emanados del proceso de consulta.*

h) *Ponderación y entrega de resultados: La autoridad política ponderará las observaciones emanadas del proceso para cada uno de los temas consultados e informará de lo anterior a quienes participaron en la consulta*²⁹¹.

Como se ha indicado precedentemente, esta instancia de discusión fue suspendida por el gobierno debido a que se decidió modificar la cantidad de materias a consultar y centrarse de lleno en la creación de un reglamento de consulta²⁹². Esta suspensión fue producto de las inquietudes de los indígenas²⁹³ y por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados²⁹⁴.

²⁹¹ Etapas del Proceso de Consulta, en http://www.consultaindigena.cl/articulo300411_1.html [visitado el 28 de diciembre de 2013]

²⁹² Ministro Lavín anunció cambios en consulta sobre institucionalidad indígena, en http://www.consultaindigena.cl/articulo010911_1.html [visitado el 26 de diciembre de 2013]

²⁹³ CONTESE, Jorge "Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas", en *Informe Anual de Derechos Humanos 2012*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p.186.

Sin embargo, cabe agregar que un aspecto positivo de esta fase, fue que durante este intento de consulta, las observaciones que hicieron presentes los pueblos originarios, permitieron manifestarle a CONADI, la necesidad de una de la creación de una Comisión de Consulta, tras recibir los comentarios y observaciones de los participantes de dichos talleres²⁹⁵.

Al momento de describir este estándar se señalaron directrices dadas por la CEACR, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el relator de la ONU James Anaya. Entonces, cabe preguntarse respecto a esta primera etapa de consulta, ¿Se ajustaron los procedimientos a las exigencias de cada situación, siendo útiles, sinceros y transparentes?, ¿fueron procedimientos culturalmente apropiados?, ¿hubo consenso en cuanto al procedimiento a seguir, con amplia difusión, clima de confianza y respeto por las instituciones representativas de los pueblos indígenas? Debido a lo descrito anteriormente, se puede concluir que, esta primera etapa de consulta, no logró cumplir con el estándar de procedimientos apropiados del Convenio N°169 de la OIT.

Esto es así, porque por un lado la cantidad de temas y la importancia que ellos tienen para los pueblos originarios, requieren instancias propias y únicas, que permitan discutir cada tema por separado. Era necesario cumplir con las exigencias de cada situación. En palabras del relator especial de la ONU, James Anaya, *“En la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que les afecten, las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes.”*²⁹⁶ De esta forma, el Estado reconoce y se compromete a tratarlo con la seriedad que merece.

Por eso, esta ambiciosa tentativa de consulta, lucía confusa desde sus inicios. Nunca en Chile se había realizado una consulta de estas magnitudes, y se pretendían saldar deudas pendientes y abarcar variados problemas del quehacer indígena actual, en una sola oportunidad. El gobierno, vio en esta consulta, una forma de dar cumplimiento a su agenda política en materia indígena en

²⁹⁴ Oficio N°301-43-2011, Solicita derogar decreto supremo 124/2009 de MIDEPLAN, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/c169/consultacl/753.html?task=view> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

²⁹⁵ Consejo de CONADI, aprobó la creación de una Comisión de Consulta, en http://www.consultaindigena.cl/articulo140911_1.html [visitado el 26 de diciembre de 2013]

²⁹⁶ ANAYA, James, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos indígenas en Chile”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 27 de diciembre de 2013]

general, descuidando la búsqueda de un consenso en cuanto a los procedimientos a seguir, que fueran difundidos en un clima de confianza con los pueblos indígenas.

Por otro lado, y como se manifestó con anterioridad, refleja el unilateralismo y una tendencia asimilacionista no superada, por parte del Estado. Puesto que, todas las instancias de diálogo eran concebidas desde la óptica chilena.

“La muerte” de los procedimientos, “fue anunciada” cuando el 20 de mayo de 2011, el encargado de asuntos indígenas del gobierno indicó cuáles eran las etapas a seguir. Se trataba de un proceso que se agendó por una sola de las partes de las que debían dialogar en torno a él. En ese momento, los interlocutores de la conversación (los pueblos indígenas), constataron que no habían sido convidados a fijar el cronograma de trabajo, sino más bien, que se les invitaba a adherirse a éste. En este contexto, la pertinencia cultural de los procedimientos resulta cuestionable, toda vez que el Estado no consideró la cosmovisión de los pueblos originarios a la hora de organizar el trabajo a seguir. Ergo, era difícil que existiera un clima de confianza. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sentenciado que, la consulta se debe realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, que son ellos y no el estado quienes deciden cuáles serán sus representantes para dialogar con éste²⁹⁷.

Asimismo, el Estado se limitó a difundir, informar, y a aclarar dudas de un proceso que ya estaba completamente definido, en el que las posibilidades reales de influir eran restringidas. En esta primera fase de la consulta, “la muerte se había anunciado” por el Estado cuando definió los procedimientos a seguir, en forma unilateral. En palabras de un Comité Tripartito de la OIT, “debe existir un consenso en cuanto a los procedimientos a seguir”.²⁹⁸

b) Segunda etapa: Mesa de Consenso

El gobierno entregó su propuesta de reglamento de consulta a las organizaciones indígenas del país, el 08 de agosto de 2012. Propuesta en la que trabajó en conjunto con la comisión de consulta del consejo de CONADI, como lo señala el Presidente de ésta, Sr. Marcial Colín. Él señaló que *“El proceso se inicia en el momento en que por consenso de los consejeros indígenas electos de*

²⁹⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de fecha 12 de agosto de 2008, párrafo 18

²⁹⁸ OIT “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad”, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507321,es:NO [visitado el 15 de enero de 2014]

CONADI, me eligen presidente de la Comisión de Consulta del Consejo de CONADI. Ese fue el primer ejercicio de discusión con el Gobierno. Ahí fuimos críticos de todos los procesos que se habían iniciado con anterioridad, incluidos los del Gobierno anterior, ya que, desde ningún punto de vista esos procesos tenían algo que ver con “lo que es la consulta”.

En ese sentido planteamos al Gobierno el tema de la realización de una “Consulta de la consulta”, es decir, debíamos crear un mecanismo que nos permitiera realizar todas las consultas que se van a desarrollar en el país, toda vez que se “prevea una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a nuestros pueblos indígenas”. Sumado a ello la demanda permanente de derogación del Decreto 124.

Así iniciamos dos procesos en paralelo:

1.- Discusión interna como Comisión de Consulta y Gobierno de cómo haríamos el ejercicio de la consulta y sobre qué bases se realizaría la consulta.

2.- Despliegue territorial, en que cada consejero trabaja en su territorio e informa a las comunidades sobre el proceso que se está gestando. El Gobierno financió nuestros encuentros sin tener parte en las reuniones. Sólo enviaba a un funcionario de CONADI quien pagaba los pasajes a los participantes. El pago de arriendo de espacios y colaciones, la CONADI los pagaba directamente al proveedor. (Al menos esa fue mi forma de trabajo en Santiago y en Regiones).

Una vez realizado el despliegue que se supone hicimos todos los consejeros de CONADI, convocamos a conformar una Mesa Ampliada de pueblos indígenas, dado que – pienso, sostengo y afirmo – el Consejo de CONADI no es representativo de los pueblos indígenas. Es por eso que el proceso debía ser asumido por los pueblos y sus organizaciones.

Es así que, (al menos en lo personal) realizamos encuentros comunales (se eligieron representantes) y encuentros regionales (participaron los delegados comunales). En el caso personal, en el encuentro regional de Temuco se eligieron a quienes participarían en el Encuentro Nacional que realizamos en Santiago los días 30 de Noviembre 1 y 2 de diciembre del año 2012.

Lo mismo realizamos en Punta Arenas con los hermanos Yaganes, Kawesqar y mapuche migrantes que están organizados en esa zona del país.

En este Encuentro nacional al menos se presentaron siete propuestas de los pueblos indígenas. Me interesa mencionar que el proceso de difusión se inició masivamente el día en que el Ministro Lavín nos entregó el “borrador de la propuesta del Gobierno” en la sede de la OIT, en Santiago. Eso fue en el mes de agosto del año pasado.

Es por eso que llegaron varias propuestas o comentarios a la propuesta del Gobierno.

En este Encuentro hubo una división de los dirigentes, sobre todo porque muchos manifestaron que “no sabían a que habían sido convocados”. Eso es extraño porque quienes hicimos la convocatoria inicial fuimos todos los Consejeros de CONADI. El punto es que los dirigentes mintieron por razones políticas o los Consejeros no hicieron su trabajo de informar. No hay excusas para ello porque el Gobierno financió ese despliegue territorial.

En ese Encuentro algunos dirigentes conformamos la Coordinación Nacional de Consulta Indígena, integrada por siete pueblos. Con esta Coordinación Nacional decidimos consensuar una sola propuesta entre pueblos indígenas, lo que logramos en el mes de enero del presente año (año 2013). Ahí la entregamos al Gobierno y solicitamos se instalara una Mesa de Consenso en donde se pudiera arribar a un reglamento único”.²⁹⁹

Se observa como un hecho positivo, de lo mencionado por el Sr. Colín, que los pueblos indígenas hayan discutido y revisado en forma crítica, todo lo que se había realizado por el Estado en cuanto a consulta, lo que implica que existencia de una difusión amplia de lo que pretendía realizarse. Éstos demostraron un interés por involucrarse en una relación “de igual a igual” con el Estado, lo que se demuestra por las propuestas y contrapropuestas que enviaron al gobierno, lo que también es reflejo de un clima de confianza en esta fase de la consulta. Además de ello, se aprecia el apoyo financiero otorgado por el gobierno, sin entrar a formar parte de las discusiones de los pueblos indígenas, a fin de darles el espacio necesario para discutir según las modalidades que estimen pertinentes. En este sentido, el procedimiento se ajusta a las exigencias de cada situación.

Igualmente, el Sr. Daniel Maribur, asesor del consejo de Lonkos de la comuna de Arauco señaló, que “afortunadamente y una de las virtudes que tuvimos es que primero hubo un gran consenso de todas las organizaciones representadas ahí. Pudimos hacer un documento único, una propuesta

²⁹⁹ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista, pregunta N°2. De fecha 28 de octubre de 2013, vía correo electrónico debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

única, cosa que el gobierno no quería, lo que el gobierno quería es que cada organización llegara con una propuesta y finalmente ahí ir desglosando.

Prácticamente era como dilatarnos y logramos consensuar un solo documento, creo que una de las grandes virtudes fue esa, y ponemos de acuerdo entre todos y decir, esto es lo que quieren los pueblos indígenas en Chile, no lo que quiere una organización de tal lugar. Creo que esa fue una de las grandes virtudes y como te digo una de las deficiencias que hubo es que no conocemos a fondo el tema de las leyes en Chile, tenemos un equipo jurídico que nos apoyó harto, pero muchas veces también la mirada indígena, la cosmovisión que tenemos, propia, nuestra, como por ejemplo vemos nuestro lugar de origen, donde vivimos, como afecta o nos desafectan determinadas situaciones que ocurren en el quehacer de las instituciones y de las empresas y de todo el quehacer nacional, cuando hacen inversiones sobre todo en el territorio indígena”³⁰⁰.

Llama la atención la respuesta del Señor Maribur en cuanto a la influencia de su propia cosmovisión en el diálogo. Es decir, cómo su forma de percibir, y entender una normativa chilena, no mapuche, no indígena, afectó para el diálogo. Porque su desconocimiento de las leyes fue una desventaja, que sin embargo, pudo irse salvando con la ayuda de su equipo jurídico, y la mirada indígena del mismo.

En este sentido, el Sr. Julio Anativia, director regional de CONADI, señaló en la entrevista para esta investigación, que *“...En agosto del año 2012 se entregó una propuesta formal al consejo de la CONADI. El consejo de la CONADI dentro de la institucionalidad, es el organismo que mayor representatividad tiene dentro de los pueblos indígenas porque si bien es perfectible, 8 de los miembros del consejo de la CONADI son electos democráticamente a través de elecciones abiertas mediante un sistema público que se realiza cada 4 años”³⁰¹.*

En cuanto a lo que señala el Sr. Anativia, sobre la representatividad de la CONADI, se concuerda con él en cuanto a que sus miembros son electos por los propios pueblos indígenas, dentro de un periodo de tiempo razonable, y que en esa línea, dentro de la institucionalidad existente es lo más representativo que hay. Sin embargo, su opinión difiere con la del Sr. Colín, toda vez que él mismo solicita reuniones con las comunidades indígenas sosteniendo que CONADI no es representativa

³⁰⁰ Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°6. De fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

³⁰¹ Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1. De fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social en Concepción.

para ellos. En este aspecto, se concluye que el problema de la representatividad se visualiza por ser CONADI, concebida desde la óptica de la institucionalidad política chilena, y no haber sido determinada libremente, desde la óptica indígena.

Con la entrega de la propuesta del gobierno a los pueblos indígenas, se da inicio en forma oficial al segundo intento por establecer un mecanismo institucionalizado que regule la materia, porque el primero había fracasado.

De esta forma se realizaron más de 150 talleres informativos en las diversas regiones del país, para que los pueblos indígenas discutieran la propuesta y elaboraran sus contrapropuestas.³⁰² Es así, que cada consejero de CONADI, debía trabajar en su territorio e informar a los pueblos indígenas en qué consistía el proceso que se pretendía llevar a cabo, según lo expuesto por el Sr. Marcial Colín, en la entrevista citada con anterioridad.

Luego de esta fase, se inició el trabajo de la mesa de consenso el 29 de marzo de 2013, el que terminó el 29 de julio del mismo año³⁰³.

En este contexto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos como observador del proceso, señaló en su informe intermedio sobre la mesa de consenso, que a ella concurrieron 44 representantes y dirigentes, apoyados por 8 asesores de confianza de los mismos y que el gobierno prestó ayuda técnica y logística para los representantes indígenas, así como financiamiento³⁰⁴.

Precisamente, cuando se le preguntó en la entrevista para esta investigación, al Director Regional de la CONADI, Sr. Julio Anativia, respecto a la asistencia técnica que recibieron las comunidades, éste manifestó que *“consistía en que las comunidades solicitaban la contratación de ciertos asesores y el gobierno accedía a cancelar remuneraciones a dichos asesores, en este caso a honorarios, y permitiendo su participación dentro de todo el proceso en calidad de asesores. Por supuesto que las principales partes de la conversación eran las organizaciones indígenas y estos*

³⁰² Informe final Mesa de Consenso, p.1, en <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [visitado el 29 de diciembre de 2013]

³⁰³ Informe final Mesa de consenso, p.2, en <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [visitado el 29 de diciembre de 2013]

³⁰⁴ INDH “Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena” Agosto de 2013, p.8, en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1> [visitado el 29 de diciembre de 2013]

*asesores fueron elegidos por las propias organizaciones, no hubo un proceso de licitación por ejemplo*³⁰⁵. Esto se estima como algo positivo de la consulta, ya que fueron los propios pueblos indígenas quienes eligieron en quién depositar su confianza y no fue el Estado por ellos. Esto contribuyó a la generación de un clima de confianza entre las partes, ajustándose a las exigencias de la situación.

Respecto a la asesoría jurídica, don Daniel Maribur, asesor del consejo de Lonkos de la comuna de Arauco, señaló, cuando se le preguntó por las dificultades del proceso, que *“Es algo muy complejo, porque primero no sabemos los alcances de una reglamentación, porque es una reglamentación jurídica. No tenemos la experticia, pero como te decía hubo un equipo que nos ayudó mucho, y bueno lo positivo de esto es que ellos eran nuestros orientadores, las decisiones las tomábamos nosotros, y ahí discutíamos si nos convenía o no hacerlo, y desde el punto de vista jurídico a veces era posible o no era posible, pero las decisiones las tomábamos nosotros*³⁰⁶.

En este mismo sentido, y respondiendo a la misma pregunta, el Sr. Marcial Colín, concejero de la CONADI, en la entrevista para esta investigación, señaló que *“Destaco que la decisión siempre fue de nuestros dirigentes. Los asesores no estuvieron nunca mandatados para “negociar” con el Gobierno. Eso también influyó en los quechuas, ya que al parecer su asesor “mandaba” más que ellos*”.³⁰⁷

De esta forma, se constata una dificultad predecible, y esta es, como la tecnicidad de lo jurídico en general afectó al diálogo. No obstante ello, pudo irse salvando a medida que transcurrían las sesiones de la mesa de consenso. Esto, debido a la asesoría jurídica de sus abogados, quienes en la mayoría de los casos, según lo señalado con anterioridad por los dos entrevistados mapuches, cumplían con su labor de orientar y no de decidir por los pueblos indígenas. Esto tiene relevancia a la hora de cuestionar la legitimidad del reglamento. ¿Fueron los pueblos indígenas los que negociaron con el gobierno o sus asesores?

En cuanto a la metodología del trabajo en la mesa de consenso, el **“Informe Final sobre la Mesa de Consenso”**, emitido por el gobierno, señala que ésta se construyó en las primeras sesiones de

³⁰⁵ Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°8. De fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social en Concepción.

³⁰⁶ Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°7. De fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

³⁰⁷ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista pregunta N°6. De fecha 28 de octubre de 2013, vía correo electrónico debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

trabajo, lo cual “dificultó el inicio del trabajo”. Indica que se acordó por las partes, la existencia de una relatoría que tomara acta de lo discutido en cada sesión, además de la elaboración de tablas con las propuestas de los pueblos indígenas y las del Estado y de columnas con las observaciones de las partes, y sus réplicas. Luego de ello el gobierno presentaba contrapropuestas a las presentadas por los pueblos indígenas³⁰⁸.

Asimismo, uno de los abogados asesores de las comunidades indígenas, Sr. Christian Sanhueza, señaló en la entrevista para esta investigación, cuando se le preguntó por las virtudes y debilidades del proceso, que *“Enfrentarse a un proceso que nadie sabía cómo hacer, eso obviamente fue una debilidad uno podría decir, se perdió tiempo en las primeras sesiones porque no encontrábamos la metodología correcta para poder dialogar de una manera fluida. Pero por otro lado dio el espacio a una creatividad que nos permitió encontrar cual era la mejor forma de adecuarse a los tiempos indígenas, a los tiempos del estado, para poder dialogar de una manera franca y esa debilidades al rato, se convirtieron en fortaleza, porque finalmente, la manera de cómo se realizó la consulta en la práctica permitieron visualizar la manera como se tenía que reglamentar la consulta. Si uno analiza un fenómeno uno se da cuenta que en un proceso de consulta, el objetivo es regular la propia consulta o sea es decir, se está regulando algo que se está haciendo. Y eso es complejo en términos jurídicos, porque por ejemplo el arquitecto construye una casa así en la inspiración misma, bueno, nosotros también, pero la técnica legislativa o la producción normativa es difícil hacerla cuando se está en constante dialogo, pueblos indígenas y estado a diferencia que cuando se hace en el congreso que es más fácil. Las debilidades iban por ese camino, por la ausencia de metodologías pre acordadas, por la inexistencia de otros modelos a nivel nacional. La fortaleza fue la capacidad de articulación de los pueblos indígenas que creyeron en una capacidad de dialogo. Eso es importantísimo porque si hay algo que se les criticó a los pueblos indígenas es la incapacidad de dialogar de manera sostenida, es decir, de lograr acuerdos en el tiempo, esto es decir del establishment, te dicen no hay indígenas con quien conversar y más encima no hay indígenas con quien conversar de manera seria. Bueno este proceso si tuvo esa*

³⁰⁸ Informe Final de la Mesa de Consenso, p.20 en <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [visitado el 12 de enero de 2014]

*capacidad, y permitió entre otras cosas si bien no contar con un reglamento 100% consensado, si con altos números de consenso lo que es positivo*³⁰⁹.

Así, de lo señalado por el Sr. Sanhueza, se concluye que existía un real interés de los pueblos indígenas participantes, en dialogar, lo que además se demuestra por el hecho de aceptar la invitación del gobierno a consensuar el reglamento de consulta. Es decir, los pueblos indígenas con esta iniciativa, demostraron tener preocupación por el tema. Es por ello, que pese a las dificultades propias de un proceso desconocido, los procedimientos apropiados se fueron determinando en conjunto por ambas partes, fomentando el clima de confianza necesario.

El INDH en su “informe intermedio” sobre el trabajo de la mesa de consenso, y cumpliendo con su mandato de observador del proceso, advirtió que: *“Una primera observación es que se inició un difícil y complejo diálogo sin contar con una metodología previamente consensuada. Ello ha representado un obstáculo para avanzar en la formulación de los consensos requeridos.*

- Se careció de un cronograma de temas a debatir lo que solo fue salvado en la última de las reuniones, con propuestas de plazos que no parecen realistas;*
- No se contó con actas que dieran cuenta de la síntesis de los debates, de los consensos y disensos, lo que se suplió sólo en la jornada final de la segunda ronda de negociaciones en el que se convino en la elaboración de una matriz (no se trata de actas propiamente tal);*
- No se cuenta con un facilitador o mediador que efectivamente comprenda la realidad indígena y maneje los estándares del derecho internacional a fin de orientar, como tercero imparcial, el debate y negociación.*

*Dadas estas carencias se debe advertir que ha habido improvisación. Ello ha significado que en las dos primeras rondas solo se avanzara en aspectos muy marginales sobre el articulado de la propuesta de Reglamento. Ello a pesar de la voluntad y los esfuerzos sinceros que se advierte por parte de quienes participan del diálogo”*³¹⁰

³⁰⁹ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista pregunta N°3 adjunta. De fecha 24 de noviembre de 2013, vía video llamada por medio de Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

³¹⁰ INDH, “Informe Intermedio de Observación de Mesa de Consenso Indígena”, p.7 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/docs/INDH-Informe-intermedio-mesa-de-consenso-17-04-2013.pdf> [visitado el 05 de enero de 2014]

En este sentido, y por las consideraciones manifestadas por el INDH, para la presente investigación, a los entrevistados se les preguntó por las virtudes y debilidades del proceso y por las dificultades emanadas de los temas de alta complejidad que se discutieron, como las implicancias del reglamento del SEIA. A continuación se indicarán todas sus respuestas y luego los comentarios de las mismas.

Así, el abogado asesor de las comunidades, Sr. Cristian Sanhueza, señaló cuando se le preguntó por la influencia de los temas de alta complejidad, que *“Yo creo que todos los procesos de consulta generan asimetrías estructurales entre los intervinientes, lo que vendría a ser los pueblos indígenas propiamente tal y el estado. Si tu revisas las imágenes del proceso de consulta ves al estado con 12 abogados, cada uno de su propios ministerios hablando tecnicismos puros y por otro lado vez a dirigentes indígenas que son dirigentes rurales que no están en la obligación bajo ningún respecto de ser expertos en materia indígena, de temas de derecho indígena. Entonces informar en base de la asimetría, información importante que obviamente complejizaba la consulta, las preguntas, los diálogos. Porque por un lado uno tenía que ser capaz de equiparar el discurso, es decir estamos hablando, ustedes desde la complejidad del SEIA en términos jurídicos, nosotros estamos hablando de términos de impacto en la zona rural, entonces equipara esos lenguajes, esos códigos. El problema era lo técnico, y una vez que saldaba lo técnico, el tema es el doble complejidad de estos temas, que es, el debate que hay detrás de los proyectos de inversión, el desarrollo, versus a la protección de los indígenas en territorio indígena, esos son materia complejas que de pronto no se llegaron a consenso, ese fue uno de los artículos en que no hubo consenso porque al debate, al momento de consultar esos artículos, la discusiones venían de orígenes distintos, es decir el estado representaba una idea y los pueblos indígenas representaban y defendían algo muy distinto, entonces era muy difícil llegar a un consenso cuando se estaban proponiendo y defendiendo cosas muy distintas, fue muy complejo obviamente”³¹¹.*

El Sr. Julio Anativia, señaló que *“Bueno afectó bastante porque efectivamente fueron los proyectos de inversión que traen consecuencias medioambientales, una de las principales preocupaciones de las comunidades y ahora que lo mencionas también haya sido una observación mucho más importantes que las dos que mencioné, el hecho de que por los tiempos que cada institución tiene, en este caso el Servicio de Estudio de Impacto Ambiental, que necesitaba tener en un periodo más*

³¹¹ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista, pregunta N°4. De fecha 24 de noviembre de 2013, vía video llamada por Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal

rápido el reglamento de consulta, ahí avanzaron por una cuerda separada y culminaron con el proceso anteriormente. También habría sido ideal haber tenido procesos en las dos reglamentaciones que fueran en paralelo, habría sido, más óptimo porque efectivamente desde el punto de vista de la confianza y de los intereses de las comunidades, es algo demasiado importante como para no considerarlo y tal vez, eso diría yo fue algo, siendo crítico, mucho más importante en las debilidades que tuvo el proceso que en las dos que mencioné con anterioridad”³¹².

El Sr, Marcial Colín, indicó que *“Veo muchas cuestiones positivas. Primero, el proceso nos permitió volver a vincularnos como pueblos indígenas. Recuerde ud. que como pueblos no nos sentábamos a conversar, a dialogar desde la época de la ley indígena (1991 – 1993), por lo que al crear la Coordinación Nacional de Consulta Indígena estamos ante una mirada distinta de hacer política como indígenas a nivel nacional.*

Las debilidades tienen relación con los niveles de conocimiento de lo que es la consulta y del manejo de información de distintos instrumentos jurídicos. Creo que el movimiento indígena nacional creo una brecha al no estudiar el Convenio. Me di cuenta que las organizaciones al exigir la ratificación del Convenio 169 no estaban midiendo o analizando el alcance del instrumento.

Esto es notorio cuando se decreta el 124 los mismos que critican este proceso fueron marginales en su crítica. Prácticamente se quedaron en silencio. No dijeron nada. Eso habla mal de ellos, ya que en esta oportunidad en que logramos se abrieran las puertas del gobierno a un debate alturado, sencillamente no estuvieron”

En general, de los antecedentes recopilados sobre el procedimiento llevado a cabo por la mesa de consenso, y de las respuestas de los entrevistados, se concluye que, la metodología ocupada no se encontraba previamente definida, lo que conllevó a la improvisación y al establecimiento de ésta en el camino. Esta situación presentó inconvenientes y ventajas.

Por un lado, según el relator de la ONU, James Anaya, el procedimiento de consulta requiere una organización, planificación, y debe ser relativamente formal, sistemático, que admita un diálogo

³¹² Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°5 adjunta. De fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social en Concepción.

constante entre las partes, y que sea transparente.³¹³ En este sentido, con la improvisación que se vio en un principio, advertida por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, queda de manifiesto la insuficiencia de las particularidades que señala el relator. Esto implica la desventaja del tiempo perdido y la falta de organización para trabajar.

Con todo, también es una virtud, porque deja abierto su establecimiento, al consenso, a la discusión que se genere en el curso de la consulta. Esto es un punto básico y decisivo para la legitimidad de la misma, y fue una de las razones por las que la primera consulta no tuvo éxito. Porque el procedimiento estaba definido con antelación por el Estado.

La solución a este problema, pudo ser la de reuniones previas a la mesa de consenso, que sólo tuvieran por finalidad establecer una metodología de trabajo que fuera fruto de la discusión de ambas partes.

Una debilidad del proceso, fue la alta complejidad de ciertos temas que se trataban en la mesa de consenso, la falta de conocimiento que tenían las comunidades indígenas sobre esas materias. Es decir, la asimetría estructural entre los representantes de los pueblos indígenas y los del Estado, dificultaron el diálogo. *“...Es algo muy complejo, porque primero no sabemos los alcances de una reglamentación, porque es una reglamentación jurídica. No tenemos la experticia, pero como te decía hubo un equipo que nos ayudó mucho...”*³¹⁴ Como señaló anteriormente el Sr. Christian Sanhueza, para lograr discutir los temas que se planteaban, había que informar en base a la asimetría y luego de eso equiparar el diálogo, lo cual figuró uno de los desperfectos del proceso.

*“La consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”*³¹⁵. Es por ello que si

³¹³ ANAYA, James, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos indígenas en Chile”, párrafo 34 en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 27 de diciembre de 2013]

³¹⁴ Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°7 adjunta. De fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

³¹⁵ ANAYA, James, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos indígenas en Chile”, párrafo 38, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 27 de diciembre de 2013]

bien hubo una ausencia de una metodología preestablecida por las partes, el trabajo de la mesa de consenso constituyó un avance en relación al trabajo desplegado en “la gran consulta”.

Lo que se busca con un procedimiento apropiado, considerando las circunstancias y las particularidades de cada caso, de cada pueblo indígena situado en un contexto, es lograr un acuerdo o el consentimiento³¹⁶. Es decir, para que el derecho a consulta sea efectivo, en palabras del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, debe ser respaldado por un procedimiento adecuado a las condiciones de cada país³¹⁷. En este contexto, entendiendo a las particularidades geográficas de Chile, se realizaron reuniones a nivel comunal y regional, el Estado se encargó del financiamiento y de crear las instancias para lograr un acercamiento. Por otro lado, los pueblos indígenas fueron capaces de organizarse para establecer un diálogo, pese a la evidente desventaja en la que se encuentran en términos de preparación en lo jurídico, demostrando una capacidad de organización. Además, se valora positivamente la disposición de los que participaron, pese a la desconfianza que éste pueda generarles.

En lo referente a los tiempos para desarrollar el procedimiento, la mesa de consenso sesionó en 9 reuniones de dos o tres días cada una, que partió el 29 marzo de 2013 y finalizó el 29 de julio del mismo año.

Cabe destacar que la mesa de consenso terminó sus sesiones sin haber logrado acuerdo respecto a tres aspectos fundamentales para los pueblos indígenas. Estos son, el concepto de afectación directa, las medidas a ser consultadas y la regulación de la consulta en relación a los proyectos de inversión en tierras y territorio indígena³¹⁸.

La discusión admite desacuerdos, debido la convergencia de las posturas contrarias. La hipótesis misma de la dialéctica requiere disentir. No obstante ello, estos tres aspectos eran lo medular del

³¹⁶ OIT “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México”, párrafo 89, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es:NO [visitado el 14 de enero de 2014]

³¹⁷ OIT-CEACR, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° Reunión, 2011”, p.860, en http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/WCMS_151559/lang-es/index.htm [visitado el 23 de diciembre de 2013]

³¹⁸ Informe misión de observación, Mesa de Consenso Indígena, p.22, en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1> [visitado el 23 de diciembre de 2013]

reglamento. Por lo mismo habría sido idóneo al estándar de procedimientos adecuados, que se aumentara el plazo para que la mesa de consenso siguiera discutiendo.

En este sentido, la OIT ha señalado que *“La adopción de decisiones expeditas no deben hacerse en perjuicio de una consulta efectiva, para la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. Aunque el Comité no pretende sugerir que dichos modelos sean los únicos que pueden servir de base para un proceso de consulta en conformidad con el Convenio, considera que si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación.”*³¹⁹

En cuanto a la pertinencia cultural del procedimiento, cabe mencionar lo que indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones.”*³²⁰ En este caso, sus costumbres y tradiciones no fueron consideradas a la hora de discutir, lo que se explicará más a fondo en el estándar de instituciones representativas.

Se concluye, que el procedimiento fue apropiado dentro de lo posible, tratando de ajustarse a las exigencias de la situación y considerando la variada convergencia de culturas que se reunieron a discutir sobre el tema. Sin embargo, es conveniente citar la opinión de la Corte Constitucional Colombiano, que señala *“que las consultas deben hacerse en un marco fuertemente garantista que implica que los procesos de consulta previa no pueden responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT (...) los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los*

³¹⁹ OIT “Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)”, párrafo 79, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es:NO [visitado el 15 de enero de 2014]

³²⁰ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de fecha 28 de noviembre de 2007, párrafo 131.

*pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado*³²¹.

En este sentido el pueblo Rapa Nui se restó del proceso para tener su propio reglamento de consulta, lo que idealmente habría sido apropiado para cada pueblo originario, considerando y reconociendo su cosmovisión propia. Así, don Daniel Maribur señaló en la entrevista para esta investigación, que *“...como mapuches nos gustaría tener nuestra propia consulta, porque la realidad nuestra es distinta a la de los pueblos del norte y por lo demás porque aquí, sin desconocer que en el norte las empresas mineras también han hecho mucho daño al patrimonio de los pueblos indígenas, pero acá nosotros tenemos un asunto que ya prácticamente es caótico, entonces nos gustaría tener nuestra propia consulta, pero lamentablemente aquí, tenemos que ser solidarios con los pueblos del norte, porque ellos son numéricamente muy ínfimos, entonces no los toman en cuenta por eso es que es importante tener esta apertura y solidaridad con otros pueblos también, porque perfectamente lo podríamos haber hecho solos*”³²².

Se verifica que se trata de un problema de alta complejidad. ¿Cómo establecer un único reglamento que logre exteriorizar cada una de las culturas de los pueblos indígenas? En este contexto, se entiende porqué el Convenio N°169 de la OIT es tan genérico en su lenguaje. Porque con la amplitud de sus palabras, busca ser adecuado para cada una de las diversas cosmovisiones de los pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, con la existencia del reglamento se busca limitar y regular la manera de consultar, la que paradójicamente debe ser pertinente culturalmente, para cada uno de los 9 pueblos originarios que habitan en Chile. De esta forma, se cree que a futuro sería idóneo, que existiera un reglamento de consulta por cada pueblo indígena, que en lo esencial contenga las mismas directrices, pero que sean distintos en cuanto a lo que caracteriza a cada pueblo, a su identidad. Así, por ejemplo, en lo referente a la forma, a los plazos, lugares, ritualidades, se refleje la cosmovisión de cada uno.

³²¹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-737/05, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm> [visitado el 05 de enero de 2014]

³²² Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1 adjunta. De fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

4.3.3. Debe realizarse de buena fe.

Es decir, las partes deben velar por establecer un diálogo que les permita llegar a un acuerdo, procurando el respeto mutuo, y existiendo la oportunidad real para ambas, de poder influir, o sea no se trata de un mero despliegue de información³²³.

La consulta no debe ser un trámite de información, sino un conjunto sistemático de actos, transparentes y en un clima de confianza, que permita a los pueblos indígenas una real participación.

Este requisito de la buena fe, es de vital importancia *“por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”*³²⁴

En este sentido, el diálogo de los pueblos originarios con el Estado adoleció de un vicio. Mientras los representantes de los pueblos indígenas, discutían en la mesa de consenso, sobre un procedimiento que estableciera los lineamientos básicos para consultar, por cuerda separada el Estado ya había aprobado reglamento del Servicio de Estudio de Impacto Ambiental³²⁵.

Así, el Informe del Instituto de Derechos Humanos sobre el reglamento del SEIA, señala que cuando se paralizó la gran consulta en el 2011, se dejó subsistente la consulta sobre el reglamento del SEIA. El compromiso era que una vez establecido el nuevo mecanismo, que derogue al Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN, este se incorporaría al reglamento del SEIA o se afinaría el mecanismo de consulta del reglamento del SEIA, conforme al nuevo procedimiento³²⁶. Así, el 25 de

³²³ OIT, “Implementación del Convenio 169”, en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm> [visitado el 05 de enero de 2014]

³²⁴ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), párrafo 107, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507251,es:NO [visitado el 07 de enero de 2014]

³²⁵ Reglamento SEIA, en <http://es.scribd.com/doc/147519843/Reglamento-Sistema-de-Evaluacion-de-Impacto-Ambiental-Chile-Enero-2013> [visitado el 15 de enero de 2014]

³²⁶ Informe INDH Reglamento SEIA y consulta a pueblos indígenas, p.22, en <http://es.scribd.com/doc/147518833/Informe-INDH-Reglamento-SEIA-y-Consulta-a-Pueblos-Indigenas> [visitado el 15 de enero de 2014]

febrero de 2013, el entonces ministro Joaquín Lavín, anunciaba que “las consulta hay que hacerlas, pero no son vinculantes”³²⁷.

De esta forma, el relator especial de la ONU, ha señalado que *“en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta”*³²⁸

En este sentido, el Sr. Julio Anativia, señaló que *“...el hecho de que por los tiempos que cada institución tiene, en este caso el Servicio de Estudio de Impacto Ambiental, que necesitaba tener en un periodo más rápido el reglamento de consulta, ahí avanzaron por una cuerda separada y culminaron con el proceso anteriormente. También habría sido ideal haber tenido procesos en las dos reglamentaciones que fueran en paralelo, habría sido, más óptimo porque efectivamente desde el punto de vista de la confianza y de los intereses de las comunidades, es algo demasiado importante como para no considerarlo y tal vez, eso diría yo fue algo, siendo crítico, mucho más importante en las debilidades que tuvo el proceso que en las dos que mencioné con anterioridad.”*

Es así, que respecto al reglamento del SEIA, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, formuló durante el año 2013, la siguiente observación a Chile: *“La Comisión invita al Gobierno a informar en su próxima memoria sobre el resultado del recurso de protección interpuesto por algunas organizaciones indígenas contra el reglamento del SEIA.*

La Comisión espera que en la próxima memoria se incluya un texto reglamentario que asegure la eficacia de los requerimientos de la consulta, la participación y la cooperación con los pueblos indígenas que se establecen en los artículos 6 y 7 del Convenio. En caso de que un estudio de impacto ambiental conlleve la prospección o explotación de recursos existentes en tierras indígenas y/o el reasentamiento de comunidades indígenas, la Comisión invita al Gobierno a

³²⁷ Entrevista ministro de desarrollo social, en http://m.df.cl/todas-las-empresas-estan-encargando-estudios-juridicos-sobre-el-impacto-del-convenio-169/prontus_df/2013-02-24/200121.html [visitada el 15 de enero de 2014]

³²⁸ ANAYA, James “Informe del relator especial sobre las situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas”, párrafo 51, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 11 de enero de 2014]

*indicar cómo se asegura el cumplimiento de todos los requerimientos de los artículos 15 y 16 del Convenio*³²⁹.

Finalmente, el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, señala en su artículo 8° que *“La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al SEIA, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley 19.300 y que requieren un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del SEIA, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta”*

Por lo mismo, uno de los puntos de discusión que más importancia representaba para los pueblos indígenas, quedó fuera del nuevo reglamento de consulta, reenviándose al reglamento del SEIA, que, según el Informe del INDH, restringe la consulta indígena³³⁰.

En este sentido, parece oportuno recordar la base orgánica que rige la administración del estado, *“La competencia y Unidad Administrativa”* consagrada en el artículo 7° de la Constitución Política, y en los artículos 2° y 5° de la ley de bases de administración del estado 18.575. Su finalidad es lograr una coordinación y armonía entre los órganos de la administración del estado, recordando que ésta es una sola, y que por lo mismo, los administrados, en este caso, los pueblos indígenas, no deben verse afectados por los posibles conflictos que se generen al interior de la misma.

Justamente, para lograr un acuerdo de buena fe, era necesario que el Estado cumpliera con su compromiso. Es decir, que esperara a tener el nuevo reglamento de consulta para incorporarlo al del SEIA, o con la finalidad de que este último guardara conformidad con el primero. Así se habría discutido en torno a la confianza y el respeto para con los pueblos indígenas, que de buena fe, estuvieron dispuestos a dialogar.

Otro punto importante que constituye una falta del estado al deber de la buena fe, se debe a que en el Congreso Nacional, se aprobó la ley de pesca, medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, que no fue consultada³³¹.

³²⁹ OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2013”, p.908, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

³³⁰ Informe INDH “El deber de consulta previa en el reglamento del SEIA”, P.27, en, <http://es.scribd.com/doc/147518833/Informe-INDH-Reglamento-SEIA-y-Consulta-a-Pueblos-Indigenas> [visitado el 15 de enero]

En esta línea, cabe recordar que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, establece la obligación del estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en este caso, el Congreso Nacional manifiesta el ejercicio de la función legislativa del Estado, por lo que no se encuentra excluido de cumplir con el mandato constitucional. Así, el INDH indicó en su informe intermedio que *“Se debe señalar que en el transcurso de todo este proceso, el Estado en paralelo, ha dado curso a propuestas legislativas y/o administrativas, que a juicio del INDH requieren de consulta previa como es el caso de la Ley de Pesca o que cuentan con procesos participativos deficitarios como es el caso del Reglamento de SEIA”*.³³² Precisamente, cabe recordar lo que se señaló en el capítulo 3 de esta investigación, respecto a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de pesca, el cual señaló, que ésta no era susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios y que por lo mismo la consulta no procedía en la especie.

En este sentido la OIT ha señalado que *“El Comité observa que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del Convenio núm. 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional”*³³³.

Es por ello que los órganos del Estado deben cumplir su obligación de garantizar y promover el deber de consulta, la que emana directamente del Convenio N°169. De esta forma, el relator especial de la ONU, James Anaya, ha señalado que *“En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de*

³³¹ Ley de pesca sería inconstitucional, por falta de consulta indígena, en <http://radio.uchile.cl/2012/09/26/advierten-que-ley-de-pesca-seria-inconstitucional-por-falta-de-consulta-a-pueblos-indigenas> [visitado el 16 de enero de 2014]

³³² INDH Informe Intermedio Mesa de Consenso, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/docs/INDH-Informe-intermedio-mesa-de-consenso-17-04-2013.pdf> [visitado el 14 de enero de 2014]

³³³ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párrafo 72, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es:NO [visitado el 05 de enero de 2014]

producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión.”³³⁴

Es por las consideraciones expuestas con anterioridad, que se concluye que faltó buena fe por parte del Estado en el diálogo con los pueblos indígenas.

4.3.4 Instituciones Representativas.

Este estándar constituye uno de los requisitos de validez más complejos de lograr en la práctica, debido a la diversidad cultural de cada pueblo indígena, sus instituciones representativas van a variar. Podrán ser sus instituciones ancestrales, tradicionales, como otras contemporáneas³³⁵. Para lograr la confianza, y el respeto mutuo, es necesario que el Estado respete las instituciones representativas sean o no ancestrales, de los pueblos indígenas.

En este sentido, el Informe Final de la Mesa de Consenso, emitido por el INDH, señaló como una de las graves deficiencias del proceso, “la falta de representatividad” de los pueblos indígenas³³⁶

Es por ello, que en las entrevistas realizadas para la presente investigación, se les preguntó a cada entrevistado, si estimaron que el proceso de consulta fue representativo, cómo se determinaban los representantes de cada pueblo, cuáles eran sus instituciones representativas y porqué pensaban que había sectores que se restaron del proceso.

Así, se les realizó la siguiente pregunta: **Una de las críticas al proceso de la nueva reglamentación de consulta, fue la falta de representatividad de los pueblos originarios. Importante sectores se restaron del proceso, como los Rapa Nui, el Pacto de Autodeterminación mapuche, Aymaras y Quechuas. En este contexto, en base a su experiencia, ¿usted estima que el proceso de consulta fue representativo?,**

³³⁴ ANAYA, James, “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 26 de diciembre de 2013]

³³⁵ OIT “Convenio Número 169 de Pueblos Indígenas y tribales, un Manual”, p.17, en http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_100764/lang-es/index.htm [visitado el 26 de diciembre de 2013]

³³⁶ INDH, Informe Final Mesa de Consenso, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/images/stories/docs/indh-informe-final-mesa-de-consenso.pdf> [visitado el 10 de enero de 2014]

En este sentido, el Sr. Julio Anativia señaló que *“Yo creo que si fue representativo dentro de los parámetros posibles, hay una premisa básica que dice que a lo imposible nadie está obligado y el proceso de consulta de la nueva reglamentación durante los últimos años ha tenido dos intentos. El primero que se dio en el año 2011 donde se realizó una convocatoria general a las comunidades indígenas en Chile a participar de un proceso de consulta de 4 aspectos, cuales fueron la nueva reglamentación de consulta, una propuesta de nueva institucionalidad indígena, una propuesta de reforma constitucional que incorporara el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y la reglamentación de la consulta del Servicio de Estudio de Impacto Ambiental (SEIA). Esa consulta que se desarrolló durante el año 2011, tuvo muchas críticas también propuestas, pero entre las críticas, una de ellas fue la falta de representatividad, no obstante que fue una convocatoria abierta. Producto de ello y de otras observaciones principalmente derivadas de la cantidad de temas que se estaban consultando, los plazos demasiado acotados, se estimó necesario modificar el sistema de consulta. En agosto del año 2012 se entregó una propuesta formal al consejo de la CONADI. El consejo de la CONADI dentro de la institucionalidad, es el organismo que mayor representatividad tiene dentro de los pueblos indígenas porque si bien es perfectible, 8 de los miembros del consejo de la CONADI son electos democráticamente a través de elecciones abiertas mediante un sistema público que se realiza cada 4 años, y por lo tanto siempre hay gente que no le va a gustar, que va a criticar y tampoco hay una propuesta seria de algún sistema de representatividad mayor y a partir de la propuesta que se hizo en el consejo de la CONADI, se amplió a todos los grupos interesados en participar y aquellos que se restaron fueron aquellos que en su oportunidad vieron la propuesta tuvieron críticas a ella y no quisieron participar. Y la buena fe que establece el convenio 169 no establece obligar a la gente a participar sino invitarla, entregar todas las condiciones los procedimientos adecuados, que se respeten los plazos, que hayan plazos razonables, pero insisto que la buena fe no es una obligación unilateral para el estado sino que es tanto para el estado como para los pueblos originarios, entonces desde ese punto de vista, el estado actuó de buena fe hizo una convocatoria pública, abierta, con tiempo y si alguien antes de siquiera llegar o no llegar a acuerdo se restó, me parece que no hay buena fe en este caso por una de las partes. Pero no en todo los casos es igual, no digo que no haya buena fe por parte de los pueblos originarios, ni de los grupos que no quisieron participar, algunos pueden tener legítimas razones para no querer participar, pero me parece que desde el punto de la buena fe y de los procedimientos apropiados, los principios que exige el convenio si se cumplieron y no se*

*puede decir por tanto que hay falta de representatividad. Cosa distinta es que haya quienes no hayan querido participar”.*³³⁷

Se concuerda con el Sr. Anativia, en que actualmente CONADI es lo mejor que hay, aunque más bien, es lo único que hay, en cuanto a institucionalidad indígena. No obstante ello, como una forma de avanzar en la autodeterminación de los pueblos originarios, se plantea en esta investigación como desafío para el futuro, la necesidad de que sean ellos mismos quienes determinen su institucionalidad propia. Todo ello, desde sus tiempos, visiones y costumbres, siendo obvia la inserción de esta institucionalidad, dentro del ordenamiento jurídico chileno.

El Sr. Marcial Colín, respondió que *“Primero habría que aclarar quienes son representativos de los pueblos indígenas. O cuáles serían los criterios para determinar la representatividad. Al parecer muchos creen que por hacer una crítica – cualquiera sea ésta – y por salir en algún medio de comunicación son representativos. En realidad hay ahí un concepto equivocado de representatividad de todos los sectores, incluidos algunos dirigentes que fueron críticos. Esto es fácil de determinar. Los pueblos indígenas no tenemos organizaciones institucionalizadas a nivel de pueblos. Nos organizamos territorialmente y con objetivos concretos que no necesariamente son compartidos por todos. En ese mismo sentido hacemos alianzas quienes compartimos objetivos comunes y, en estricto rigor, se representa al territorio, a una forma de pensamiento, a comunidades, etc, etc.*

Ud. menciona a los Rapa Nui, Aymaras y Quechuas, además del PACMA (mapuches). Le aclaro.

Los Rapa Nui, no se restan del proceso de consulta, sino que ellos plantearon que por su lejanía y particularidades, decidieron trabajar solos. No obstante lo anterior, entregaron su propuesta de consulta indígena la que dieron a conocer en el Encuentro de Pueblos Indígenas realizado en Santiago los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre. Posteriormente el Gobierno le hace entrega de un primer pre-informe de respuesta.

Los Aymaras y quechuas, también presentaron sus propuestas. Los Quechuas incluso tuvieron asesoría particular e incorporaron a su abogado (Alonso Barros) a la Mesa de Consenso. Por lo tanto fueron parte de la redacción de los acuerdos. También fueron parte de la presentación que hicimos a Contraloría para que no “tome razón” de los artículos relacionados con “consulta

³³⁷ Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1 adjunta. De fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social en Concepción.

indígena” y que aparecen en el Reglamento 40 del SEIA. Sin embargo, por razones que no tienen ninguna relación con el contenido ni con el proceso, se retiraron. Yo no sé si es productivo referirse a ese tema, pero la verdad es otra, es muy distante de las declaraciones públicas. Hay temas que se distorsionan. Ni siquiera se retiraron por un tema político, sino por temas económicos.

Distinto es el caso de PACMA. El Sr. Huilcaman propone otras formas de relacionarse con el Estado. Ahí tenemos una diferencia política que es absolutamente válida y legítima. El hermano Huilcaman propone la creación del Autogobierno como forma de ejercer el derecho a la libre determinación. En lo personal creo que para llegar al Autogobierno se requieren procesos intermedios, como por ejemplo ejercer el derecho a la consulta. Para mí es el primer paso en el “aprender a tomar decisiones colectivas”. En estos momentos, en que cada individuo reúne a un grupo de personas, no importando ni los objetivos ni nada, y critica lo que hacen organizaciones que llevan años trabajando, me parece que es el más claro diagnóstico de la situación colonial en la que nos encontramos como pueblos indígenas.

Frente a lo anterior, evidentemente fue representativo no sólo por los territorios y pueblos representados, sino por el contenido y la forma en que se defendieron derechos en una instancia inédita en el país. Y no sólo por eso, sino porque a los dirigentes participantes, en su gran mayoría fueron elegidos y mandatados por más de una organización.

Aquí se produce una paradoja. Los dirigentes “invitados” por el Gobierno, se “retiraron” de la Mesa. Creo que entiende cuando le hablo de las “razones económicas”.³³⁸

Se advierte de lo indicado por el Sr. Colín, que lo más difícil, es definir cuáles son los criterios para determinar quiénes son o no representativos. Se concluye que independiente de la dificultad para identificar estos criterios, lo fundamental, es que las instituciones representativas sean determinadas libremente por las comunidades consultadas.

La Sra. Laura Seelau, dijo *“Bueno en primer lugar yo creo que la pregunta de la representatividad del proceso es una pregunta que tienen que responder los pueblos indígenas mismos, si existen comunidades que no se sintieron representados, entonces yo diría que no fue representativo. La cuestión de las instituciones indígenas, si son representativas de los pueblos indígenas, de las personas indígenas y de las comunidades indígenas, desde mi perspectiva y basado en los dos años*

³³⁸ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1. De fecha 28 de octubre de 2013, vía correo electrónico debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

y medios que pasamos en Chile estudiando estos temas, en mi opinión que esta pregunta sobre la representatividad e instituciones indígenas, es la pregunta y el desafío fundamental para la aplicación del convenio 169, y la autodeterminación.

Sin tener la definición clara de cuáles son las instituciones que representan no solamente a las comunidades sino que al pueblo y a los pueblos, es muy difícil decir que un proceso de consulta es representativo. Entonces, yo diría que este concepto de la “consulta de la consulta” probablemente no fue representativo, porque no existen hoy en Chile, desde mi perspectiva, claras instituciones representativas. Y sin tener una clara definición de estas instituciones, va a ser muy difícil llevar a cabo cualquier proceso de consulta”³³⁹.

De la opinión de la Sra. Seelau, se revela la misma dificultad señalada por el Sr. Colín, ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos para determinar que alguien es o no representativo? Como señala la entrevistada, si hay pueblos que no se “*sintieron*” representados, no fue representativo. De esta forma, cabe preguntarse ¿Cuál es la entidad encargada de representar a los pueblos indígenas?, ¿Cómo se determina este grupo que tenga la capacidad de tomar decisiones por la comunidad que representa?, ¿esta entidad es una especie de mandatario de la comunidad o tiene facultades para decidir por la ella? La problemática radica en traducir ese sentimiento de falta de representatividad, a criterios básicos, mínimos y objetivos que permitan responder las interrogantes planteadas. Además, deben ser señalados por los propios pueblos indígenas, según su forma de percibir la realidad.

El Sr. Daniel Maribur, señaló que “*Cuando uno hace una crítica así, (y tú nombras ahí a personas a representantes), pero cuando uno no conoce el sistema de organizaciones en Chile puedes decir que no es representativo. El presidente Piñera salió con un bajo porcentaje o por último con un 50% y el otro 50% o 49% podríamos decir que no es representativo de pueblo chileno, por lo tanto el presidente chileno, no es representativo para los chilenos. Mirado desde esa lógica, las organizaciones que dicen ahí que la gente que fue probablemente no sea representativa para su sector, pero si para el sector a quien ellos fueron convocados, quienes los eligieron. Es muy fácil decir que alguien no me representa si no está de acuerdo en mi pensamiento político a lo mejor, pero la gente que fue era representativa de la gente a la cual representa. Y de eso debo agregar*

³³⁹ Laura Seelau, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1. De fecha 23 de octubre de 2013, vía video llamada por Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

*algo más, el pueblo rapa nui se retiró del lugar, pero ellos siguieron negociando en la isla, porque ellos si quieren también tener su consulta*³⁴⁰.

En este aspecto, el Sr. Maribur destaca otro factor importante. Y éste, es que la representatividad de sus instituciones, no debe verse cuestionada por la conformidad o disconformidad que se tenga con las opiniones del representante.

El Sr. Christian Sanhueza, respondió que *“Creo que la pregunta es muy interesante porque obviamente se observó muchas críticas a nivel comunicacional, lo interesante es analizar las condiciones de posibilidad de esas críticas, es decir, en qué contexto se dan esas críticas y cuan legítimas son en razón a lo que existe hoy en Chile respecto a la representatividad de los pueblos indígenas.*

Desde el primer punto de vista, los procesos de consulta tienen distintos estándares, y uno de esos estándares es que en el proceso existan instituciones representativas, por tanto las instituciones representativas son aquellos cuerpos indígenas que representan a los pueblos indígenas en su propia autonomía, es decir son los pueblos indígenas quiénes deciden la participación de tal o cual persona. En ese contexto puede uno entender que quienes participaron lo hacen por su propia voluntad, no lo hacen obligados y por otro lado ni el estado ni otros terceros pueden interferir en la decisión de quienes participan porque como te cuento la participación es voluntaria y por un lado los indígenas solamente lo pueden legitimar.

Respecto a la falta de legitimidad otros sectores pudieron haber participado, la respuesta es clara, obviamente pudo haber participado más gente, la pregunta es quien se restó y por qué razón. De pronto los Rapa Nui se restaron porque buscaron un proceso separatista, ellos querían una consulta sólo el pueblo Rapa Nui, lo que es legítimo y por esa razón se bajaron de la mesa. Los otros actores se bajaron por los desacuerdos con el gobierno, pero si tú también analizas dices, bueno, el proceso de consulta implica desacuerdos. En la hipótesis mismas de la consulta está la posibilidad de llegar a acuerdo o no llegar a acuerdo, entonces uno debe privilegiar también el dialogo. Entonces la pregunta es hay en Chile un cuerpo representativo de los pueblos indígenas? Y la respuesta es no, no hay ningún órgano bajo la cobertura estatal que garantice el dialogo con los pueblos indígenas a través de una consulta nacional, entonces en ese sentido la legitimidad que se

³⁴⁰ Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°1 adjunta. De fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

construyó es la legitimidad que hay, no hay ningún otro proceso de consulta más exitosos que este, en términos de participación, de proceso, de acuerdo, etc, entonces yo entiendo que las críticas son legítimas, le resto un tanto de seriedad en el contexto en que se dan, porque no hay un órgano netamente representativo de los pueblos indígenas, si se invitó a la mayoría de la gente y no quisieron participar y aquellos que se bajaron del proceso y no quisieron participar lo hicieron por desacuerdo. Entonces son razones suficientes como para entender que quienes participaron fueron los que realmente estaban interesados”³⁴¹

Se concuerda con la opinión del Sr. Sanhueza en cuanto a que la participación es voluntaria y que independiente de las motivaciones de los que se restaron del proceso, la legitimidad de éste, se construyó en base a la participación de los que estuvieron dispuestos a hacerlo. Además, la inexistencia de un cuerpo representativo de los pueblos originarios en general, es una dificultad no menor. Por ello, se reitera como conclusión, la necesidad de la creación de una institucionalidad indígena. Ésta, debe cumplir con las características de: ser reflejo de la cosmovisión de los pueblos indígenas, tener la debida pertinencia cultural, y que sea producto del ejercicio de su libre determinación.

En este sentido, y siguiendo con el problema de la representatividad, a cada entrevistado, se le preguntó en segundo lugar: **¿Por qué cree que hubo grupos que se restaron o no quisieron participar?** Primero se señalarán todas las respuestas de los entrevistados y luego los comentarios de las mismas.

Así, el Sr. Julio Anativia, señaló que *“Bueno hay varias razones, principalmente en una primera instancia yo creo que hay grupos que se oponen derechamente a la existencia de una reglamentación de la consulta y señalan que ésta debiera ser autoejecutable, que no debiera existir una reglamentación, entonces la sola circunstancia de discutir una reglamentación, ya es motivo suficiente como para tener su rechazo absoluto. En otros casos podría ser una desconfianza sesgada que puede ser justificada porque anteriormente han habido procesos que tal vez no han sido los mejores, pero que no se dio la oportunidad en este momento para mostrar adecuadamente el proceso. Otros, no descarto factores políticos también, por parte de algunos grupos que pueden estar permeabilizados por otros factores que no sea necesariamente una política indígena y otros*

³⁴¹ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista, pregunta N°1 adjunta. De fecha 24 de noviembre de 2013, vía video llamada por Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

grupos por exigir de primera base ciertos planteamientos que no estaban contenidos en la propuesta original. Este proceso tuvo la característica de que actúan además organismos internacionales, en este caso la OIT como veedores del proceso, de hecho en agosto de 2012 cuando se entregó la propuesta, no fue realizada en una oficina de gobierno sino precisamente en las oficinas de la OIT en Santiago. En la gran convención de pueblos originarios que se dio dentro del consenso, tuvo participación el relator especial James Anaya, entonces hubo una supervisión del proceso por organismos internacionales, precisamente para velar porque se cumplieran los requisitos por parte del gobierno”³⁴².

El Sr. Marcial Colín, indicó que “Algunas razones, ya las he planteado anteriormente. Pero creo que el problema es más de fondo. Hay un desconocimiento del Convenio 169, de sus alcances, de su naturaleza. No se sabe lo que es la consulta. Hay confusión.

Por otro lado, no hay “costumbre”, al menos en los últimos decenios, de dialogar en derecho. Sólo hay demanda, reivindicación, hay eslogan, hay panfletos. El sentarse en una Mesa a defender derechos no es lo mismo que hacer una declaración pública. Aquí se debe trabajar y estar concientes que se está en una instancia que definitivamente es política. Eso es riesgoso para muchos, por eso dilatan o buscan formas de culpar siempre al otro. Hay poca autocrítica indígena. No se entiende que los derechos ya fueron reconocidos y que ahora es momento de dar un salto al ejercicio de ellos. Mientras no se tenga cabal conciencia de esto, el diálogo es sólo una consigna.

Por último, también hay un hecho concreto. La natural desconfianza en el diálogo con los gobiernos. Siempre que se anuncia algo estos quedan en nada. Tenemos el caso de “la verdad histórica y nuevo trato” cuyas conclusiones y recomendaciones no dejan de ser ilustrativos sólo como material académico, si es que alguien se acuerda. Pero nada más”.

La Sra. Laura Seelau, señaló que “En parte creo que era porque cuando se anunció el proceso de consulta en el año 2010 o 2011 la consulta sobre la institucionalidad indígena, no me acuerdo cual era la fecha exacta, pero en ese momento, cuando el gobierno anunció el proceso, el gobierno ya tenía su propuesta bien desarrollada prácticamente y también tenía ya desarrollado el procedimiento, entonces cuando fue anunciado yo creo que había un sentimiento entre las organizaciones indígenas que el gobierno ya había tomado la decisión y que estaban buscando

³⁴² Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°2 De fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social en Concepción.

meramente un sello de “sí” por parte de los pueblos indígenas, pero sin tener realmente la oportunidad de influir en proceso del desarrollo de estas propuestas. Y también basado en mis conversaciones con dirigentes en otros contactos, creo que también hay un sentimiento de que si el procedimiento no cumple con el convenio 169, pero los pueblos indígenas si participan en ellos, el gobierno podría utilizar esa participación en contra de los pueblos indígenas, entonces para preservar los derechos de reclamar contra el proceso, había un sentimiento de que fue necesario no participar en el proceso. Pero también cuando estaba pensando en esta pregunta que tú me enviaste, estaba pensando en la necesidad de la buena fe por ambas partes de la consulta, la consulta solamente funciona si hay buena fe y si hay voluntad por ambos lados de sentarse a la mesa y conversar y diciendo eso no quiero decir que fue una mala decisión no participar en el proceso de consulta o que deberían haber estado presente todas las organizaciones, pero simplemente quiero destacar la necesidad de que cuando hay una apertura para consultar o para dialogar con el gobierno sobre un proceso tan importante como el reglamento de la consulta la buena fe es un requisito para ambas partes. Entonces, primero que el gobierno ya tenía muchas decisiones tomadas antes de iniciar la consulta y el miedo de que la participación pudiera ser un obstáculo para luego reclamar. Y también para elevar el dialogo, para llamar la atención a los problemas del proceso de consulta. Las organizaciones que decidieron no participar en el proceso de la consulta, y los dirigentes que hicieron pronunciamiento público sobre las deficiencias del procedimientos de consulta, éstas acciones fueron metros para abrir un dialogo entre los pueblos indígenas sobre cuál es el derecho a la consulta y cuáles eran las deficiencias en el procedimiento anunciado por el gobierno, entonces si no había una protesta en contra del procedimiento de la consulta, ese dialogo no habría pasado”³⁴³.

El Sr. Daniel Maribur manifestó que “Yo pienso que hay grupos aquí en Chile, de los pueblos indígenas que son muy proclives a ciertos sectores políticos y cuando no se sienten interpretados desde esa posición dejan de lado este gran proyecto que es con los pueblos indígenas y la gente que estuvo ahí, la verdad es que yo a muchos de ellos no los conocía, pero yo siento que ellos no tenían ese carácter tan político como la gente que reclamaba estos espacios, y eso es un asunto que complica al movimiento indígena en Chile porque da la impresión de que los partidos políticos son los poseedores de la verdad, cuando en realidad los partidos políticos llevan muchísimos años aquí y nunca han hecho nada por los indígenas, o sea yo me acuerdo mi padre trabajó en esto,

³⁴³ Laura Seelau, entrevista adjunta realizada por la memorista, pregunta N°2, con fecha 23 de octubre de 2013, por video llamada a través de Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

ahora estoy yo y probablemente mis hijos van a seguir y los partidos políticos no tienen una claridad también son ignorantes en este tema y se acuerdan de nosotros cuando hay elecciones nomás, pero instrumentalizan mucho a los dirigentes, entonces claro, les ofrecen después puestos de trabajos, entonces gana una determinada corriente política y hay puestos de trabajos disponibles para algunos mapuches, lamentablemente no son puestos que tengan mucha injerencia en el quehacer social y político de Chile, donde se tomen decisiones, sino que son prácticamente los más bajos, entonces creo que la gente que fue ahí iban primero porque eran representativos de sus organizaciones y segundo no eran representativos de una corriente política, entonces cuando hay personas que critican esto desde ese punto de vista, están perdiendo solo protagonismo, y probablemente sea el otro 49% tal como a los chilenos les ocurre.”³⁴⁴

El Sr Christian Sanhueza, indicó que *“Razones más políticas que de texto, si ves los textos que están en internet, las críticas principales eran por ejemplo que Marcial Collin se había vendido al sistema chileno, porque estaba discutiendo un reglamento hecho por el gobierno básicamente, pero si tu analizas los textos jurídicos te das cuenta que la propuesta del gobierno entregada en agosto el 8 de agosto del 2012, versus la que entregaron los pueblos durante el mismo proceso, te das cuenta que son totalmente distintas las propuestas, desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista político, de modo que la crítica se desvanece, cuando dice oye mira, imposible que se haya vendido porque los textos que se dice que son iguales, no lo son. Entonces yo creo que son más bien problemas políticos entre dirigencias políticas que un trasfondo más bien de derecho. Es también un problema contingente circunstancial, del momento de liderazgo político, y no es un problema de decir, mira esto no cuenta con las garantías de un proceso que a mi parecer y yo he hablado esto con colegas colombianos y de otras partes de Latinoamérica y no hay procesos más ambiciosos en términos de organización de logística, de instancias, de diálogo, de metodología, etc, que el q se realizó acá, entonces una crítica bueno, si los perros ladran dicen por ahí.”³⁴⁵*

Así, de lo señalado por los entrevistados, de acuerdo a lo que ellos pudieron observar, se concluye que las razones que hubo para restarse del proceso fueron variadas. Por un lado, como señala el Sr. Anativia, hay algunos grupos que se oponen derechamente a la reglamentación de la consulta,

³⁴⁴ Daniel Maribur, entrevista adjunta realizada por la memorista pregunta N°5 adjunta, con fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias de Mall El Trébol de Talcahuano.

³⁴⁵ Cristián Sanhueza, entrevista adjunta realizada por la memorista pregunta N°2, con fecha 24 de noviembre de 2013, por video llamada a través de Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal.

y siendo consecuentes con su postura, no se sentaron a dialogar respecto a algo en lo que no creían. También por desconfianza hacia el estado. En este punto, todos los entrevistados están contestes, es decir, todos concuerdan en que éste es un motivo para no participar del diálogo. Para esta investigación, la desconfianza hacia el estado que tienen los pueblos indígenas, parece ser un hecho público y notorio. Esto se observa así, debido a la marginación histórica que han vivido, lo que se traduce en la forma que tiene el Estado, de concebir sus relaciones con los pueblos originarios. Como se ha señalado al principio de la investigación, ellos reclaman reconocimiento constitucional desde el retorno a la democracia, y en general, buscan que el estado de Chile asuma su multiculturalidad, y por qué no decirlo, en un futuro concebirse como plurinacional³⁴⁶. De esta forma, existen razones históricas y también razones que se fundamentan en los hechos relatados en el transcurso de este capítulo. Un ejemplo de ello, sería la primera reglamentación de la consulta, vía el Decreto Supremo N°124, recién entrado en vigencia el Convenio N°169 de la OIT, el estado publica este reglamento sin consultar a los pueblos afectados. Luego de ello, en la primera fase de esta consulta, en “la gran consulta” no hubo procedimientos adecuados, ni buena fe, incluso el carácter de previo de la misma es cuestionable. Por lo que esa primera instancia, también se volvía propicia para restarle credibilidad al Estado.

Además de ello, los entrevistados concuerdan en que existen factores políticos para restarse del proceso de diálogo. Así, los dos mapuches señalaron que dentro de los pueblos indígenas estos factores, obstruían la conversación con el Estado. De esta forma se observa que independiente de la calidad de indígenas de las personas llamadas a participar, para ellos la tendencia política del gobierno de turno, o la conformidad de sus propias ideas con las del gobierno, eran un factor determinante para decir sí o decir no.

Asimismo, la Sra. Laura Seelau, manifestó que los pueblos se pudieron haber restado, porque si luego querían reclamar contra el reglamento, no tenían que validarlo participando. Así, se vuelve a la crítica que los indígenas hacen de la consulta del reglamento, la de su falta de legitimidad por la baja representatividad de quienes fueron³⁴⁷. En este sentido puede interpretarse su falta de participación como una forma de reservarse el derecho a reclamar con posterioridad. A no validar

³⁴⁶ Debate sobre Estado plurinacional, en <http://www.enama.cl/masiva-cumbre-puso-en-debate-el-chile-plurinacional/> [visitado el 27 de febrero de 2014]

³⁴⁷ Clauída Pailalef, consejera mapuche williche, analiza reglamento de consulta indígena, en <http://www.futawillimapu.org/Ulitu/Claudia-Pailalef-consejera-mapuche-williche-analiza-escenario-tras-firma-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.html> [visitado el 27 de febrero de 2014]

una instancia que no creían legítima. Sin embargo, en este aspecto, el Sr. Anativia recordó que la buena fe es una exigencia para ambas partes, y si algunos indígenas se restaron para luego cuestionar la legitimidad del reglamento, también resultan cuestionables sus motivaciones.

Finalmente, el Sr. Colín, señaló que también existe un desconocimiento de los pueblos originarios sobre el Convenio y una falta de costumbre para dialogar en derecho. En esa misma línea el Sr. Sanhueza indicó que los pueblos originarios no saben de derecho, y que ciertamente no tienen por qué saberlo. Para esta investigación, se partía con la idea preconcebida de que por ser el Convenio N°169 de la OIT una norma que versa sobre aspectos fundamentales para los pueblos indígenas, éstos debían conocerlo. Sin embargo, y estando de acuerdo con lo señalado por el Sr. Anativia, la consulta para los pueblos indígenas no es el único tema relevante. Por eso, se concluye que el desconocimiento también afectó al diálogo, y que si bien el Convenio no es totalmente desconocido para los indígenas, tampoco es el eje sobre el que sustentan todas sus demandas en la actualidad.

En esta parte de la investigación, se señalarán dos preguntas que están íntimamente ligadas. La primera de ellas es ¿Cómo se determinaron los representantes de cada pueblo? Y la segunda es ¿Cuáles eran sus instituciones representativas, las tradicionales de su cultura u otras especialmente elegidas para este proceso? Para ello, se señalarán las respuestas que dieron los entrevistados a ambas interrogantes y con posterioridad a ello, se harán los comentarios pertinentes.

Así, la pregunta ¿Cómo se determinaron los representantes de cada pueblo? Se realizó a los entrevistados indígenas, y al director regional de la CONADI, debido a su participación en la región, de los talleres, con los pueblos originarios.

El Sr. Julio Anativia, señaló *“se ocupó consejo de CONADI entendiendo que se trata de un organismo que ya existía, que está institucionalizado y que fue electo democráticamente. Posteriormente se hicieron talleres y charlas en los distintos territorios donde se encuentran comunidades indígenas. Yo tuve la responsabilidad en ese proceso de realizar los talleres en la región del Bio-Bío y dentro de dichas charlas y talleres donde se dio a conocer la propuesta se hizo una convocatoria a participar a todos los interesados. No todas las comunidades indígenas tienen como prioridad el tema de la consulta, hay comunidades que dentro de sus necesidades tienen otros temas, no digo que la consulta no les interesa, pero dentro de sus prioridades están otros*

temas y por lo tanto no se motivan a participar, pero se hizo la invitación abierta y fueron los propios grupos interesados, las propias orgánicas ya sea comunidades y asociaciones inscritas legalmente en la CONADI y otros grupos sin personalidad jurídica, pero que si existen y son parte de la expresión de los pueblos originarios que participaron de propia iniciativa, es decir, realizadas estas propuestas se juntaron, la analizaron e hicieron llegar sus observaciones, ya sean positivas, negativas, y hay varios ejemplos, tenemos en el caso de la región del Bio-Bío, el consejo de lonkos de la provincia de Arauco los grupos relacionados al área de desarrollo indígena de Ercilla, entre otros, pero son más de 10 grupos interesados los que hicieron llegar sus observaciones”³⁴⁸

La respuesta del Sr. Marcial Colín, fue señalada con anterioridad, en procedimientos adecuados.

El Sr. Daniel Maribur, indicó que “yo puedo responder por la organización a la que pertenezco y fuimos elegidos de acuerdo a la discusión que hicimos del convenio 169, en realidad yo fui enviado porque la persona quien estaba nominado por el consejo de lonkos no pudo asistir entonces ahí tome ese puesto. En las otras organizaciones no sé cómo se dio la representatividad no como fueron elegidas estas organizaciones para que enviaran un representante. Y al consejo se le invitó ya que teníamos durante este año una programación de actividades con el gobierno y se habían formalizado algunos compromisos, entonces se dieron cuenta que éramos una organización gravitante a nivel regional y la única de carácter ancestral, sin estar bajo el alero de la ley indígena.

¿Pero usted fue elegido por votación, o por otro mecanismo? no, los mapuche no votamos. Los lonkos nombran a un werken para que los representen. Recuerda que somos un pueblo con una visión del mundo que es distinta a la que ustedes conocen”³⁴⁹.

Cuáles eran sus instituciones representativas, ¿las tradicionales de su cultura u otras especialmente elegidas para éste proceso? Esta pregunta se realizó a los entrevistados indígenas y al director Regional de la CONADI, por su constante contacto con las comunidades indígenas, desde los inicios de la consulta de la consulta.

El Sr. Julio Anativia señaló *“Ambas. En algunos territorios funcionan las autoridades y en ese caso eligieron a sus representantes a la Mesa de Consenso, bajo esa lógica. En otros territorios se eligieron de acuerdo a las formas de organización que hoy tienen. No se crearon comunidades sino*

³⁴⁸ Julio Anativia, entrevista adjunta realizada por la memorista pregunta N°3, con fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social, de Concepción.

³⁴⁹ Daniel Maribur, entrevista adjunta realizada por la memorista, pregunta N°2, con fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

*que ellos mismos bajo criterios territoriales eligieron a sus voceros ya sea por votación o por consenso de la asamblea de dirigentes*³⁵⁰.

El Sr. Daniel Maribur, dijo *“Creo que eran organizaciones que se sustentan bajo la ley indígena. Habitualmente no se arman organizaciones para ciertas ocasiones, sino son las que el estado reconoce a través de la ley. ¿Entonces se entienden con el estado a través de las instituciones que reconoce la ley y no las suyas ancestrales? si así es. En mi caso, lo que pasa es que nos tomaron en cuenta ya que teníamos negociaciones en la provincia de Arauco en temas relevantes como la restitución de tierras en todas sus modalidades, educación y salud, entonces somos una organización que sin estar en la ley llevamos adelante temas que nuestras comunidades necesitan*”³⁵¹

El Sr. Marcial Colín respondió esta pregunta cuando se le interrogó acerca de la manera de elegir a sus representantes, la cual ya fue señalada con anterioridad.

De esta forma, se observa que a nivel macro, los representantes se eligieron según el consejo de la CONADI, aprovechando de esta forma su institucionalidad y la forma democrática de elegir representantes. Además de ello, se observan como instituciones representativas en este proceso, delegados de las organizaciones que determina la ley indígena, estas son comunidades y asociaciones. Pero además de las anteriores, también participaron las instituciones tradicionales de los pueblos, como es el caso del Sr. Maribur, quién representaba al consejo de lonkos de la provincia de Arauco.

Primeramente, se concluye que el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas, son ellos quienes debían determinar sus propias instituciones representativas. En este caso, se dio espacio a que todos los tipos de organizaciones existentes, pudieran acceder al diálogo, y elegir libremente a sus representantes.

Así, se concluye que el hecho de que participaran representantes de instituciones tradicionales, es un indicador de que el proceso contó con la pertinencia cultural necesaria. Para que ésta hubiera sido óptima, habría sido interesante que el diálogo se llevara en la lengua de los pueblos participantes, o en los lugares que ellos estiman importantes, o según el tiempo indígena. Es decir,

³⁵⁰ Julio Anativia, entrevista adjunta realizada por la memorista, pregunta N°4, con fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social, de Concepción.

³⁵¹ Daniel Maribur, entrevista adjunta realizada por la memorista, pregunta N°4, con fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

¿por qué los indígenas deben adecuarse al quehacer del estado chileno, y éste no puede adecuarse al quehacer indígena?

Por otro lado, un punto interesante dice relación con la forma de elegir sus representantes. Se puede observar, que desde la óptica chilena, y como una idea previa a la investigación, se habría esperado, alguna clase de votación para esta elección. Esa pregunta, surge espontáneamente en la entrevista realizada al Sr. Maribur. Sin embargo, cuando él explica que en el caso de los mapuches los lonkos nombran un werken para que los represente, se logra comprender empíricamente una parte importante de la dificultad existente en el diálogo con los pueblos originarios, de lado del Estado. Ésta es, la forma de percibir la participación política, por parte de los chilenos, esperando que en este caso concreto, el pueblo mapuche la percibiera de la misma manera. En este sentido, al escuchar la respuesta del Sr. Maribur, se pudo constatar, que en parte, el conflicto para relacionarse con los pueblos originarios, está dada por la dificultad de comprender su forma de ver el mundo, de respetarla y validarla como una igual.

La representatividad del proceso ha sido cuestionada, también, por el INDH y por diversas comunidades indígenas³⁵², ¿Cuáles son los estándares para decidir si la consulta fue o no representativa?

La respuesta es clarificada por el Relator Especial de la ONU. Los procedimientos adecuados o no de la consulta, deben considerarse en relación a sus instituciones representativas, y la representatividad de las mismas depende del alcance y el fin de la medida específica que está siendo consultada³⁵³. En este sentido, el Estado se encontraba reglamentando el deber de consulta, definiendo como consultar. Debido a la importancia del objeto de la consulta, es que la representatividad de la misma debió ser mayor. Se trataba de una medida administrativa de carácter general, que afecta en forma directa a los pueblos originarios. Por ello, su legitimidad es condición de validez de la misma.

³⁵² INDH, Informe Intermedio Mesa de Consenso, p.26, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/docs/INDH-Informe-inter-medio-mesa-de-consenso-17-04-2013.pdf> [visitado el 20 de enero de 2014]

³⁵³ ANAYA, James, "Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", párrafo 28, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 26 de diciembre de 2013]

En este contexto, es también compleja la situación que viven los pueblos indígenas, debido a su diversidad cultural, y diferentes ideologías en cuanto a su relación con el Estado. Si grupos se restaron de participar en el proceso, fue porque no vieron en él, la instancia adecuada para dialogar sobre el tema, por desconfianza hacia el Estado, por consideraciones políticas y por falta de conocimiento, entre las mencionadas con anterioridad.

De esta manera, las personas que participaron, probablemente eran representativas de su sector, pero al restarse otros sectores importantes del proceso, por las razones que sean, este reglamento ya no es un reglamento de *la mayoría de los pueblos indígenas*, sino, sólo de aquellos que voluntariamente, dialogaron en pos de su establecimiento.

Por otro lado, y recogiendo la opinión del Sr. Marcial Colín, CONADI no es representativa de los pueblos indígenas. Y ¿Por qué no? Porque, como se ha señalado, la institucionalidad indígena actual, ha sido impuesta por el estado a los pueblos indígenas, desde una óptica chilena, reflejando la cultura del pueblo chileno, toda vez que la ley indígena 19.253 establece la organización en comunidades y asociaciones compuestas por presidentes, tesoreros. Es decir, no se les da a las instituciones ancestrales de los pueblos originarios, la posibilidad de dialogar bajo el alero de la ley, con el Estado.

Además, la forma de elegir sus representantes va a depender de cada cultura, de su cosmovisión propia, por lo mismo, es difícil para el Estado indicar que un representante lo era o no para la comunidad que decía representar. Asimismo, se reitera que respetando su derecho a la autodeterminación, son ellos a quienes corresponde pronunciarse al respecto.

Es por ello, que el deber de consulta, implica una exigencia para los pueblos indígenas, la determinar con la mayor claridad posible cuáles son sus instituciones representativas, según sus creencias y la de sentarse a dialogar con el Estado. Así, la Corte Interamericana ha señalado que “es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”³⁵⁴

Las dificultades para determinar la representatividad de la instancia, dicen relación con los cimientos de la institucionalidad indígena actual. Es por ello, que se le preguntó a los entrevistados, por propuestas o elementos de una institucionalidad propiamente indígena y cómo

³⁵⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam de 12 de agosto de 2008, párrafo 18.

podían verse reflejadas las creencias y valores ancestrales de los pueblos, respecto a esta nueva institucionalidad. Primeramente se señalaran todas sus respuestas a ambas preguntas y con posterioridad los comentarios de las mismas, por encontrarse las interrogantes, estrechamente vinculadas.

Así, para la pregunta sobre propuestas o elementos de una institucionalidad propiamente indígena, ellos dijeron:

Sra. Laura Seelau: *“Bueno en primer lugar tiene que estar definido por los mismos pueblos indígenas, ellos mismos. Bajo el concepto de la libre determinación y el derecho internacional, la institucionalidad indígena tiene que ser definida por los indígenas. No sé si has leído otras cosas que hemos escrito sobre la determinación indígena, pero tenemos un paper en la página web que hace una comparación entre la situación de los pueblos indígenas en EEUU y Canadá y la situación Chile, mencionamos algunas investigaciones norteamericanas que el cual hablan sobre algunas características de las instituciones indígenas. Entre ellos son que tienen concordancia con la cultura de las comunidades indígena o de los pueblos, es decir que los valores de los pueblos sobre la difusión del poder y la delegación de las decisiones tienen que reflejarse en las instituciones indígenas. Algunas otras cosas que estas investigaciones han mostrado es la necesidad de estabilidad en las instituciones indígenas y el mecanismo para lograrlo tiene que definirse por las comunidades y por los pueblos indígenas. Pero por ejemplo, hay varios tribus en EEUU que antes tenían sistemas de organización en los cuales los dirigentes podrían cambiar cada dos años, parecido a Chile, donde una comunidad, al menos las reconocidas por la ley indígena, tienen que llevar cabo elecciones cada 2, 3 años y todos los dirigentes son sujetos a la reelección, entonces cada 2, 3 años cambia totalmente la dirigencia indígena. Entonces es muy difícil tener una planificación de largo plazo para las comunidades indígenas, para crear redes de contactos y alianzas con otros sectores en el sector Público y privados, si cambia con tanta frecuencia el liderazgo de las instituciones. También yo creo que la ley indígena tiene que abrirse a otra forma de organización, por ejemplo las federaciones o las instituciones tradicionales de los pueblos indígenas. Entonces restringiendo a los pueblos indígenas a organizarse en comunidades y*

*asociaciones indígenas para poder aprovecharse de las políticas públicas del estado, disminuyen demasiado las oportunidades de organización*³⁵⁵.

Sr. Cristián Sanhueza indicó: *“Yo creo que lo que primero debiera tener es autonomía constitucional respecto de cualquier otro cuerpo u organismo del Estado y autonomía de presupuesto. Es decir que este órgano tenga la capacidad de determinar, que y como y a quienes van a beneficiar los presupuesto que el estado haya desinado a la política indígena en general, es decir que puedan determinar toda la política oficial del estado de los pueblos indígenas lo puedan determinar los propios pueblos indígenas en conversaciones en políticas de ellos. Esos son los dos presupuestos básicos que yo instaría que cualquier cuerpo de institucionalidad indígena posea en el estado chileno. Ahora ¿qué más se le podría agregar? Ingeniería constitucional, cuantos representantes, como van a ser electos, cuáles son sus facultades, sus potestades, eso son propios de la ingeniería constitucional, pero por de pronto yo me acogería a eso, porque si uno empieza a hablar sobre un consejo de pueblos que tenga la capacidad de establecer leyes por ejemplo desde lo indígena, se confunde un poco la función, o sea porque no entonces tener una cuota de representatividad en el congreso de pueblos indígenas en ambas cámaras, entonces ese es otro tema. Yo solamente como para no sonar muy aspiracional, lo dejaría con esos dos requisitos mínimos, 1 autonomía constitucional y 2 autonomía presupuestaria que la puedan decidir solamente los pueblos indígenas a partir de estos representantes que sean electos a partir de este consejo representativo de indígenas*³⁵⁶.

Sr. Marcial Colín *“Los pueblos somos dinámicos. Una “comunidad con personalidad jurídica” puede ser más tradicional y defensora de derechos y territorio que una “comunidad tradicional”. En algunos territorios la base cultural la determinan las comunidades organizadas legalmente, ya que la “estructura tradicional” se reúne solamente para las ceremonias religiosas. En algunos casos éstas se dan cada cuatro años. Imagínese ud. reunirse cada cuatro años, eso sería acelerar nuestra destrucción. Creo que las comunidades mapuche se adecuaron a una figura que podría mañana ser otra, da lo mismo. Lo importantes es que cualquiera sea esta estructura asuma roles resolutivos y tome decisiones consensuadas con quienes dan vida a la cultura, no con quienes eligen otra forma de organización, como por ejemplo las juntas de vecinos rurales.*

³⁵⁵ Laura Seelau, entrevista realizada por la memorista pregunta N°8 adjunta. De fecha 23 de octubre de 2013, por video llamada a través de Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

³⁵⁶ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista, pregunta N°8, de fecha 24 de noviembre de 2013, por video llamada a través de Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

*Ahora en el sentido de una institucionalidad indígena propia, la veo más bien direccionada a la toma de decisiones políticas. La cultura en lo interno tiene otras dinámicas, se auto regula*³⁵⁷.

Sr. Daniel Maribur *“Bueno efectivamente hay instituciones u organizaciones indígenas q se rigen por esa ley. Afortunadamente yo represento una organización que no está regida por esa ley soy asesor del consejo de lonkos de la provincia de Arauco, y esa es una organización autónoma y ancestral que no se rige por esa ley, no es reconocida por esa ley y por lo tanto la ley quedo chica, esa ley la 19.253 quedo chica porque no reconoce a nuestras propias autoridades indígenas, sino que lo ve desde el punto de vista de la ordenanza jurídica chilena, o sea tener que elegir un presidente, secretario y tesorero y hacer actas, reuniones, y tener ministros de fe cuando se eligen las directivas y después llevar esa nómina a la CONADI. El consejo de lonkos al cual yo represento no hace eso, son autoridades encetarles que no están elegidas de esa forma, entonces esta ley, no representa finalmente los intereses también de los pueblos indígenas, ha quedado corta y por lo tanto, con el tiempo seguramente habrá que modificar la ley porque, por ejemplo en el caso de mi organización, cualquiera podría decir que estamos fuera de la ley, la q es indígena ancestral, con sus propias autoridades indígenas ancestrales*³⁵⁸.

Así, la pregunta, cómo podrían verse reflejadas las creencias y valores ancestrales de los pueblos, respecto a una nueva institucionalidad, se le efectuó a los entrevistados Sra. Laura Seelau, Sr. Cristián Sanhueza y Sr. Daniel Maribur, por poseer una visión externa a CONADI. Ellos señalaron:

Sra. Laura Seelau: *“Lo que hemos visto con las tribus indígenas de EEUU, es que este proceso de reconstituirse y reorganizarse es un proceso que demora mucho tiempo, y que requiere mucha discusión interna para los pueblos indígenas, o acá para las tribus indígenas, primero identificado básicamente como se identifican estas personas, que elementos los hacen indígenas y que significa ser por ejemplo, lafkenche, o que significa ser huilliche, o que significa ser aymara, y cuál es la diferencia entre ésta comunidad indígena y otra comunidad indígena, cuáles son los valores que los unen como una comunidad. Y una vez que se identifican esos valores centrales del pueblo y definir qué significa, cual es la identidad, uno puede empezar en construir una institucionalidad que refleja estos valores. También es necesario pensar en la necesidad balancear estos valores con las necesidades reales y pragmáticas del día de hoy, entonces pensar en las necesidades de no*

³⁵⁷ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista, pregunta N°10, de fecha 28 de octubre de 2013, a través de correo electrónico debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

³⁵⁸ Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°11 adjunta. De fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza el Trébol de Talcahuano.

solamente incorporar la cosmovisión, tradiciones y ritos, todo eso, pero también la necesidad de que alguna comunidad indígena hoy tienen que también interactuar con el estado, interactuar con personas no indígenas, interactuar con entidades privadas, como empresas, ONG, estos tipos de actores, entonces cualquier institución indígena tiene que tener dos audiencias, audiencias externos, en que tiene que reflejar los valores de la para comunidad que representa, para tener legitimidad ante esta comunidad pero también tiene que responder a las necesidades que vengan desde afuera, para que tenga también legitimidad desde afuera y tiene respecto de ambos lados. Pero siempre empieza con una discusión profunda sobre la identidad de la comunidad”³⁵⁹

Sr. Christian Sanhueza: “Eso es un tema difícil porque uno puede señalar las instituciones que tiene la ley indígena en términos reales no funcionan mucho, porque uno va a los territorios y se da cuenta que al margen de que haya un presidente, un secretario, o tesorero de la comunidad, si es que hay autoridades tradicionales son ellos los que deciden las cosas, o sea si hay un lonko, una machi, él o ella en último término son los que pueden dirigir la opinión de las comunidades, porque los requisitos para la formación de la comunidades etc, son cuestiones impuestas a las comunidades indígenas porque no están dentro de su conocimiento histórico por así decirlo. Ahora cómo es posible que las autoridades tradicionales sean las que estén inmersas en las mismas autoridades públicas por decirlo así, eso va a depender exclusivamente de los indígenas el que se elige un sistema representativo de participación, la manera en como lo van a elegir ellos, bueno, ellos verán como, pero eso es algo que se hace a nivel de votos, ellos harán votación a nivel territorial, sea a mano alzada, o escrita, la manera en que van a elegir esos representantes del consejo, bueno si ellos son o no autoridades tradicionales va depender exclusivamente de ellos. Yo creo que uno no podría imponer que solamente van a llegar a la elección de este consejo de indígenas aquellos que ostenten cargos o roles ancestrales dentro de sus propias comunidades, yo creo que eso es algo propio de la autodeterminación de los pueblos, lo que si me parece correcto es que no exista un diseño institucional que esté muy alejado de la realidad de los pueblos indígenas y de la manera en como estos están acostumbrados a dialogar. Esto es un tema bastante complejo porque uno también suele mitificar la política indígena esperando, esto va a sonar un comentario duro pero para que se entienda, que “los indios sigan siendo indios para hacer política indígena” uno espera casi que el indio llegue con taparrabo, ojala no ocupe internet porque es menos indio, etc, etc, etc, entonces yo creo que la cosa no es así, el mundo indígena no pierde su conexión

³⁵⁹ Laura Seelau, entrevista realizada por la memorista pregunta N°9, de fecha 23 de octubre de 2013, a través de video llamada por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

ancestral respecto de su territorio, respecto de sus creencias si es que ocupa o no ocupa celular con internet, yo creo q el foco de atención no está en eso. Lo mismo pasa con las estructuras estatales, no creo que los indígenas dejen de ser más o menos indígenas si es que son capaces de sentarse en reuniones masivas con otros dirigentes indígenas para dialogar sobre el futuro de la política indígena, ahora eso, insisto, tiene que ser propio de una discusión con los pueblos indígenas que decidan ellos, en autonomía, los mejores mecanismos de representatividad. Ahora obviamente todo diseño institucional, va a contar con principios básicos, que los consejeros gozaran de una dieta, que los gastos que se realicen tienen que ser justificados a través de plataformas estatales, etc, etc, pero eso va a ser propio de los cuerpos profesionales que estén trabajando a través de esos órganos que le van a dar su corte estatal a una estructura que inminentemente va a tratar temas indígenas que entre comillas no son de ocupación estatal.

Lo más problemático del diseño institucional indígena son los problemas políticos que hay detrás, no la posibilidad de diseñar una entidad política indígena. Enfocar el problema institucional desde otra óptica, es decir, hay una demanda política histórica. Cómo esa demanda toma cuerpo de un órgano público, con potestades públicas, financiado públicamente y bajo las mismas leyes públicas. La mayoría de la institucionalidad indígena se ha hecho sin la participación de los pueblos indígenas y olvidando la realidad de los pueblos indígenas. La ley asume o no asume las instituciones representativas, la ley asume o no asume que los pueblos indígenas tengan que hacer ritos cada vez que van a abrir las sesiones del consejo de pueblos indígenas, etc, etc, ¿todas esas preguntas la ley las contempla? No, porque no participaron los pueblos indígenas, nosotros tenemos que saldar ese problema político. ¿Cómo se salda ese problema político? Haciendo participar a los pueblos indígenas de la discusión de que órgano público esperan construir para que salde esa esa preocupación de la representatividad política. Eso es un tema y el otro tema es bueno como lo hacemos, como sesionamos, cuanta gente, y ahí entra el proceso de consulta que en sí misma es una negociación porque ellos van a querer decir son representativos 1000, y la lógica del estado chileno va a decir mira sabes que no podemos ser mil porque en el congreso son 120 diputados y somos 17 millones de personas, entonces tienen que ser máximos 70 por decir. Y ahí va a entrar un juego de técnica legislativa que tiene que ver con la ingeniera constitucional, cuánta plata, donde va a estar el edificio, cuanta gente. El problema político de verdad es como se agrupa la diversidad indígena en un cuerpo que “monopoliza” la representatividad política e los pueblos indígenas en Chile, y eso es un problema político que se resuelve de una forma: con los indígenas

participando. Es decir con los indígenas que sean responsables del proceso y del producto que genere esa consulta sobre el consejo de pueblos indígenas”³⁶⁰

Sr. Daniel Maribur: *“Bueno yo no sé cómo tendrían que verse reflejadas, pero siento yo que deberían estar en un lugar la ley debe reflejar que somos pueblos distintos que tenemos una cosmovisión distinta, que tenemos creencias distintas que no somos cristianos, aunque mucho mapuche también son cristianos, pero en si desde el punto de vista ancestral el pueblo mapuche no es un pueblos cristianos, los cristianos llegaron con los europeos entonces no podemos decir que vamos a tener que tener iglesias católicas o evangélicas, sino que nuestra propia creencia, el vellantun q es nuestra religiosidad, debe respetarse eso. Ose a hay muchas cosas con las que la actual institucionalidad ha quedado corta, no existe una normativa que cuando los enfermos en los hospitales para que puedan nuestras machi ir y entregar ayuda especial a nuestra gente, entonces la institucionalidad, en este caso ley, ha quedado muy limitada, hay que modificarla”³⁶¹.*

En este contexto, se conduce primeramente, que independiente de los motivos por los que se marginaron algunos sectores, la consulta en esta segunda etapa no puede caracterizarse como plenamente representativa. Esto es así, porque en consideración a lo señalado por el relator James Anaya, la representatividad de la instancia se debe valorar en relación al alcance y fin de lo que se está consultando³⁶². En el caso analizado el alcance de la medida consultada era muy amplio, ya que sentaba las bases de la forma de consultar. Es decir, su importancia reside en que todas las futuras consultas que se realicen en el país, van a verse reguladas por este reglamento. Por la trascendencia del mismo, se requería de mayor representación de los pueblos originarios.

Así, como aporte de esta investigación, es necesario distinguir dos alcances de la representación que se vieron en los hechos:

1. Que los 9 pueblos originarios que habitan en Chile, según el artículo 1° de la ley 19.253, tuvieran un representante dialogando con el Estado.

³⁶⁰ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista pregunta N°9, de fecha 24 de noviembre de 2013, a través de video llamada por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

³⁶¹ Daniel Maribur, entrevista realizada por la memorista pregunta N°12 adjunta, de fecha 17 de octubre de 2013, en las dependencias del Mall Plaza el Trébol de Talcahuano.

³⁶² ANAYA, James, “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, párrafo 28, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 26 de diciembre de 2013]

El pueblo Rapa Nui se restó voluntariamente del proceso, así como Aymaras y Quechuas, según lo indicado en el informe final de la mesa de consenso del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su misión de observador.³⁶³ Es por ello, que en cuanto a este estándar de representación, el proceso no fue completamente representativo. Porque para dialogar con el Estado, independiente de los motivos que tuvieran, hubo pueblos indígenas que no fueron parte de la conversación.

2. Que las personas representantes de los pueblos originarios fueran efectivamente representativos de los mismos, es decir, que fueran legítimos. La relevancia de su legitimidad, radica en la facultad resolutoria que éstos tenían. En este sentido, se estima que son los propios pueblos originarios los encargados de determinar libremente a sus representantes. Así, los criterios objetivos que puedan esgrimirse para decidirlo, deben ser coherentes a la identidad cultural de cada uno de los pueblos indígenas, decir relación con aquello que los vuelve mapuches, quechuas o atacameños. De esta forma, les corresponde a ellos según su forma de comprender la realidad en la que viven, juzgar si las personas que participaron de la consulta, eran sus representantes legítimos.

Finalmente, se piensa que es necesaria la creación de una nueva institucionalidad indígena. Así, todos los entrevistados están de acuerdo en ello, señalando como características, que ésta goce de autonomía constitucional y financiera, que tenga estabilidad en el tiempo y sea capaz de soportar el dinamismo de los pueblos originarios, además de asumir roles resolutivos para tomar decisiones de carácter político, que sean fruto de un consenso. Al mismo tiempo, debe ser apegada a la realidad indígena, a la forma en que ellos están acostumbrados a tratar con el estado. Pero la característica más importante para esta investigación, es que esta institucionalidad, sea definida por los pueblos originarios en el ejercicio de su autodeterminación, ya que agruparía toda la diversidad indígena en un solo órgano.

Mismamente, ésta debe ser expresión de las creencias y valores ancestrales de los pueblos originarios, de aquello que los vuelve indígenas y los distingue del resto de la sociedad. No obstante ello, tampoco puede descuidarse el hecho de que se encuentra inserta dentro del ordenamiento jurídico chileno. Es decir, esta institucionalidad se concibe como el medio que tendrían los indígenas para dialogar con el Estado, siendo un ente representativo de todos los

³⁶³ INDH, Informe Final Mesa de Consenso, p.22, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/images/stories/docs/indh-informe-final-mesa-de-consenso.pdf> [visitado el 15 de enero de 2014]

pueblos originarios que habitan en el país. Por lo mismo, y siguiendo la opinión del Sr. Sanhueza, su autonomía constitucional es vital para cumplir con este requerimiento.

Así, con la existencia de esta nueva institucionalidad, podrían resolverse problemas que se susciten en el futuro. Por ejemplo, para las consultas que se realicen en virtud de reformas constitucionales, relativas a su reconocimiento por la carta fundamental, o al establecimiento de Chile como estado plurinacional. O a las que se realicen por el Congreso Nacional, cuando se prevea una ley susceptible de afectarles directamente. El estándar de la representatividad que exige el Convenio, se salvaría al consultar por medio de esta institución.

4.3.5. Su objetivo o finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Para analizar este punto, parece apropiado recurrir a la historia fidedigna del establecimiento del inciso segundo del artículo 6° del Convenio. El CEACR, ha señalado que al elaborar el texto del párrafo 2, la OIT fue con la finalidad de explicar el alcance del párrafo 1 *“no quiso sugerir que las consultas referidas deberían resultar en la obtención de una acuerdo o el consentimiento de lo que se consulta, sino que quiso expresar un objetivo para las consultas”*³⁶⁴

Es por ello, que lograr el consentimiento, o alcanzar un acuerdo no es un requisito de la consulta, sino un objetivo. Esto implica que los pueblos originarios, carecen de derecho a veto. Sin embargo, la OIT ha sido tajante en señalar que un mero despliegue de información no constituye una consulta y que la aplicación idónea del derecho de consulta, implica la existencia de un “proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual, el acuerdo y el consentimiento de ser posibles, puedan lograrse”³⁶⁵

No obstante ello, existen ciertos casos en los que el consentimiento, deja de ser sólo una finalidad de la consulta, y pasa a ser un requisito de la misma. Es así, como la Corte Interamericana en el caso Saramaka vs. Surinam, señaló que *“cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la*

³⁶⁴ OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, p.862, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf> [visitado el 15 de enero de 2014]

³⁶⁵ OIT, “Comprender el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales (núm 189)”, p.17, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

*obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones*³⁶⁶

Así el Convenio N°169, en su artículo 16, establece el consentimiento como un requisito de la consulta, en los casos en que procesa el traslado o el reasentamiento de las comunidades indígenas.

En el caso de la consulta de la consulta, el objetivo de lograr el consentimiento, se cumplió parcialmente. Luego de las discusiones de la mesa de consenso, se observaron 17 artículos consensuados y 3 artículos no consensuados³⁶⁷. Si bien, el consentimiento no es un requisito de la consulta, los tres puntos no consensuados son muy relevantes para los pueblos indígenas. Estos son, el concepto de afectación directa, las medidas a ser consultadas y la regulación de la consulta en relación a proyectos de inversión en tierras y territorio indígena.

En cuanto al concepto de “susceptible de afectación directa” se les preguntó a todos los entrevistados: **Uno de los temas en los que no se logró consenso es el del concepto de la “afectación directa”, es decir, qué es lo que se entiende por “susceptible de afectación directa”.** El proyecto señala, en su artículo 6³⁶⁸ **que deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas, y que se entenderán por medidas legislativas, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto *significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales*. En este contexto, el INDH señala que se limita la aplicación de**

³⁶⁶ Corte IDH, Saramaka vs. Surinam, 28 de noviembre de 2007, párrafo 134.

³⁶⁷ INDH, “Informe Final Mesa de Consenso”, p.22, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/images/stories/docs/indh-informe-final-mesa-de-consenso.pdf> [visitado el 15 de enero de 2014]

³⁶⁸ Artículo 6: Medidas a ser consultadas. Deberán ser consultadas las medidas administrativas y legislativas contempladas en este reglamento. Se entenderá por medidas legislativas a consultar, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, que emanen de los órganos de la administración del estado, en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública discrecional, para satisfacer una necesidad pública determinada, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán exceptuados del deber de consulta, los actos de ejecución de estas medidas.

la consulta en términos que no señala el convenio³⁶⁹. ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos que permitan delimitar cuando existe afectación directa? Primeramente se señalarán las todas las respuestas de los informantes, y a continuación de ellas, los comentarios pertinentes.

Así, la Sra. Laura Seelau, señaló: *“Bueno, esa es una muy buena pregunta yo creo, porque yo creo que hay miedo por parte del estado de que toda medida legislativa y administrativa si tiene algún efecto para los pueblos indígenas, entonces ¿dónde está la línea entre la necesidad de consultar, y la falta de consultar?, pero el derecho a la consulta como está reconocido en el derecho internacional, el convenio 169, la declaración y la jurisprudencia de la CIDH, es que la consulta no se aplica solamente en las medidas que afectan exclusivamente a los pueblos indígenas, sino que impactan de una manera única a los pueblos indígenas. Entonces no es que tiene que ser una medida que se trata solamente de temas indígenas, pero que los pueblos indígenas se sientan el impacto de estas medidas en alguna manera que es distinta al resto del país. Entonces el objetivo cuando uno está pensando en el significado de susceptible de afectar directamente, otra manera de preguntar esta pregunta es si ¿los intereses de los pueblos indígenas son representados por la población en general?, entonces, ¿son los intereses de los pueblos indígenas en cuanto a la medida propuesta básicamente los mismos del resto de la población?, porque el objetivo general de la consulta es garantizar que la voz de los pueblos indígenas se representa en los debates nacionales y es una medida reparatoria para resolver un problema histórico de la marginación política y social de los pueblos indígenas, entonces cuando uno piensa en estos términos, yo creo que uno de los criterios más objetivos es preguntar si los intereses de los pueblos indígenas son realmente representados en general por la población en general. También yo creo que hay ciertas categorías de medidas, por ejemplo las medidas que impactan el territorio ancestral o recursos naturales de los pueblos indígenas que siempre van a recibir una dificultad y obviamente también una medida que está orientado específicamente y exclusivamente a los pueblos indígenas, por ejemplo una prohibición en alguna ley sobre educación indígenas, sobre tutores indígenas. Entonces yo diría que esta pregunta sobre la necesidad o no de la consulta, yo diría que es una pregunta que tiene que*

³⁶⁹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe misión de observación, Mesa de Consenso Indígena”, agosto de 2013.

*ver con el interés involucrado en la medida y si es un interés que es único para los pueblos indígenas.*³⁷⁰

El Sr. Marcial Colín, señaló que *“Quisiera aclarar que aún no existe un texto definitivo sobre esos artículos no consensuados. Como Coordinación Nacional de Consulta Indígena, hemos continuado dialogando y buscando formas de entendimiento, a pesar de que la Mesa de Consenso ya terminó sus funciones.*

Obviamente que no compartimos lo planteado por ellos hasta ahora. El gobierno se comprometió a tener una última redacción, en estos tres artículos no consensuados.

Dependiendo de lo anterior, enviaremos un requerimiento a la OIT para que se pronuncie sobre los artículos. Esto se hará a través del Sindicato N° 1 de Panificadores de Santiago. Está compuesto en su gran mayoría por hermanos mapuche.

Ahora, con respecto a los criterios objetivos que ud. pregunta, eso lo argumentamos a partir de los elementos culturales propios y particulares de cada pueblo. Planteamos también el respeto a la relación de nuestras comunidades con el territorio, la propiedad y posesión de las tierras.

*Hay que profundizar más. En términos de reforma educativa, por ejemplo, se deben considerar los avances en distintas materias que la comunidad internacional ha realizado. Existen derechos lingüísticos, se deben respetar los sistemas y formas de educación y así incorporarlos como base para realizar una consulta. La afectación directa se debe relacionar con la pertinencia de la consulta y las medidas a ser consultadas*³⁷¹

El Sr. Daniel Maribur, señaló que: *“Efectivamente ahí no logramos acuerdo con el gobierno, ese punto no fue consensuado y no fue consensuado justamente porque el gobierno o en este caso el estado chileno, lo que piensa es desde el punto de vista individual, tiene otra filosofía de vida y los pueblos indígenas somos colectivos, tenemos una visión colectiva de las cosas. Pero es más todavía, la afectación directa pasa no solo cuando ésta en tu propia propiedad, sino que en el territorio mismo entonces al tener una medida administrativa que no sea “directamente*

³⁷⁰ Laura Seelau, entrevista realizada por la memorista, pregunta N° 5 adjunta. De fecha miércoles 23 de octubre de 2013, a través de video llamada por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

³⁷¹ Marcial Colín, entrevista realizada por la memorista pregunta N°7 adjunta. De fecha 28 de octubre de 2013, por medio de correo electrónico debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal

afectadas” la comunidades, pero si el territorio, igual a nosotros nos está afectando, entonces los representantes de gobierno no entienden la filosofía de los pueblos indígenas. Creo que es una de las grandes fallas, o sea no solo los representantes de gobierno sino que también el pueblo chileno no entiende como los indígenas tenemos nuestra propia visión del mundo, de las cosas y entonces estamos ahí con una discontinuidad en el dialogo, ellos se aferraban a lo que han aprendido siempre, a entender esto de la propiedad privada y no tener la visión que esto es mucho más que eso, mas que estar en un lugar X, sino que es el territorio mismo, y todas las medidas que se tomen respecto del quehacer o desarrollo de los pueblos indígenas tenemos que estar participando, entonces en eso no llegamos a acuerdo finalmente, en ese punto”.

El Sr. Julio Anativia, señaló que *“Lo que pasa es que el tema es que existen muchos actos administrativos que normalmente se requieren para la celeridad de las actuaciones del estado y que cuya afectación podría estimarse como que inciden respecto a los pueblos originarios, pero que su vez una interpretación demasiado extensiva terminaría a la larga burocratizando todo el sistema institucional con los pueblos originarios, yo estoy hablando de por ejemplo un decreto de nombramiento del director de la CONADI, que son cargos de exclusiva confianza, que son actos administrativos que con una interpretación extensiva, por supuesto que afectaría a los pueblos originarios, pero no puede consultarse cada vez que se quiera nombrar un director, por ejemplo. Ahora no siendo tan restrictivo, podría haber otras circunstancias que sean debatibles. Pero yo creo que la salida a ese problema está contenido en otra disposición dentro del mismo reglamento, que es aquellos casos de controversia respecto a si existe o no afectación directa, porque la actual reglamentación vigente, el decreto 124, no contempla una salida para aquellos casos, simplemente establece si hay o no afectación, pero si los pueblos originarios creen que hay afectación y el estado no lo cree, no hay una salida al respecto y en cambio en este caso si lo hay porque se establece la posibilidad de hacer llegar una solicitud, plazos de tramitación, y por lo menos, no obstante el desacuerdo que hay ahí, existe un procedimiento que permite ir viendo que ocurre en la práctica”³⁷².*

El Sr. Christian Sanhueza, señaló que *“Bueno nosotros en el proceso de consulta señalamos exactamente lo mismo que el instituto, señalamos que la forma en que el gobierno entendía la afectación y las medidas a ser consultadas restringían totalmente el alcance normativo del artículo*

³⁷² Julio Anativia, entrevista realizada por la memorista pregunta N°9 adjunta, de fecha 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social, en Concepción.

6° del convenio porque si se hace un poco de análisis dogmático del asunto, el convenio 169 en el artículo 6° establece dos elementos copulativos para que la consulta previa opere, o sea la eventual existencia de una medida, es decir ojo, el convenio no te exige una medida ya adoptada por el estado sino la potencialidad de una posible medida administrativa o legislativa que afecte a los pueblos indígenas, es decir son dos elementos, la medida y la afectación. Pero ni la medida, ni la afectación tienen categorías de evaluación para que puedan ser aplicadas a la consulta, es decir el convenio 169 no habla de una medida administrativa general o particular y el convenio 169 tampoco habla de afectación específica y exclusiva. Uno lo que primero decía dogmáticamente, es que una ley, como sería el convenio 169, en la interpretación de la jerarquía de los tratados internacionales, uno sostenía que era imposible restringir el alcance de una norma de jerarquía legal a través de un reglamento, de modo que la propuesta del gobierno era impropia en términos dogmáticos, porque era imposible restringirla por una norma jerárquicamente inferior que sería este reglamento de consulta. Esa era la primera discusión que uno tenía que saldar, que los pueblos trataran de defender y que el gobierno hizo caso omiso. Pero la otra pregunta es cuales fueron los términos objetivos para decidir el nivel de afectación. Ese es el vacío más grande del convenio 169, porque no lo define, y tampoco lo define los dictámenes de la OIT en sus consulta o en sus requerimientos de queja, ni tampoco James Anaya en los distintos informes, o sea en ninguna parte james Anaya señala mira la afectación tiene que ser de este o cual tipo, ha señalado en algunos informes por ejemplo que la afectación se entiende como aquella afectación que no es percibida por el resto de la población no indígena. Entonces eso sigue siendo una categoría amplia, lo que hay detrás de la afectación es la posibilidad que tienen los pueblos indígenas a través de su propia autonomía definir de qué manera algo les puede afectar o no, eso es peligroso en la opinión del gobierno, porque ellos decían nos van a hacer consultar absolutamente todo. La respuesta no es tampoco todo, sino, son ciertas medidas administrativas y legislativas que pueden afectar derechos y por otro lado aquellas que afectan esos derechos y esa afectación son requisitos objetivos que uno podría sostener al momento de hacer la consulta. Pero ahora y bien hacer una lista taxativa de cuáles son los tipos de afectación directa es restringir a priori el alcance normativo de la consulta que tiene por objeto consensuar medidas que afectan a posteriori casi. Si uno desde la tecina legislativa busca hacer una redacción que limite a priori el alcance de ese concepto, corremos el riesgo de limitar las hipótesis eventuales que podían surgir o emerger de consulta previa. Sin embargo si se deja en una redacción abierta como esta en el convenio 169 deberá ser la fundamentación del acto de la administración del estado niegue un

*proceso de consulta, el que se deberá ver enfrentado ante tribunales, y serán los tribunales los que a partir del principio de deferencia de la necesidad, prioridad, idoneidad de la medida administrativa si fue correcto o incorrecto negarle el derecho a la consulta, pero eso tiene que ser una cuestión casuística y no algo que esté contemplado en la norma que desde ya limite el derecho*³⁷³.

La afectación directa y las medidas a ser consultadas, se encuentran estrechamente vinculadas, y por un lado está el temor del Estado de tener que consultar todas sus medidas legislativas o administrativas, y por otro la desconfianza de los pueblos originarios hacia el Estado que incumple el deber de consultar. En cuanto a este tema, el relator James Anaya ha señalado que hay afectación directa cuando “una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”³⁷⁴. En este contexto, el artículo 7° del reglamento, da una definición de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente y de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente.

Así, el artículo 7° prescribe:

“Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4° de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

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

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que

³⁷³ Cristián Sanhueza, entrevista realizada por la memorista pregunta N°5 adjunta, de fecha 24 de noviembre, mediante video llamada a través de Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal.

³⁷⁴ ANAYA, James “Informe del relator especial sobre las situaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, p.17, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción; y, cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria”.

El reglamento limita el concepto de afectación directa, toda vez que, como dijo el Sr. Christian Sanhueza, el Convenio N°169 no señala que los requisitos copulativos de la consulta, la medida y su afectación, tengan un alcance general o particular. Y en este sentido, el límite para determinar que una medida afecta o no a los pueblos originarios, no puede ser establecido por un reglamento, cuando el Convenio N°169, es genérico, es amplio, debido a la diversidad de situaciones que se presentan en la realidad.

Como respecto a la afectación directa no se llegó a consenso, se hacen presentes ciertas consideraciones que pudieron haberse tenido en cuenta para lograr el acuerdo. El Convenio N°169 es muy genérico cuando señala que la medida a ser consultada debe “ser susceptible de afectarles directamente”. Se colige que la finalidad de este lenguaje genérico, es la de brindarle a los pueblos indígenas la oportunidad de señalar cuando les “afecta de una manera única”, en palabras de la Sra. Seelau. En este sentido, los elementos culturales propios y particulares de cada pueblo

pueden servir de orientación a la hora de decir si una medida les afecta directamente o no. Como señaló el Sr. Maribur, es necesario que el estado no olvide la calidad de colectivos que tienen los pueblos indígenas.

En consecuencia, de la lectura del artículo 7 del reglamento y comprendiendo y asumiendo el sentido de la generalidad del Convenio N° 169 en este punto, se concluye que éste limita los casos de afectación directa, lo que ya había sido advertido por el INDH.³⁷⁵ Este artículo, es expresión del consentimiento no logrado en uno de los temas de mayor relevancia para los pueblos originarios. En la redacción de esta norma se encuentra la diferencia entre someter o no a consulta, una determinada medida. Como bien sugiere el Sr. Sanhueza, este reglamento, vendría a limitar la aplicación del Convenio N°169 de la OIT, no siendo lo correcto debido a la jerarquía de ambos instrumentos jurídicos.

En este conflicto también se manifiesta el temor justificado que podría tener el estado, de que toda medida deba ser sometida a consulta, si se hace una interpretación muy extensiva.

Finalmente se conduce que si bien el reglamento soluciona variados problemas, como los plazos de las consultas e induso faculta a los pueblos indígenas para solicitar el inicio de una consulta a la autoridad, no le corresponde a él definir lo que se debe entender o no por afectación directa. Esto, como corolario de que la amplitud de las palabras del convenio, tiene una razón de ser y ésta es que los pueblos indígenas libremente lo determinen.

Con las limitaciones que impone el reglamento, la facultad que los indígenas tienen de señalar cuando algo les afecta directamente, radicará en último caso en los tribunales de justicia. Los cuales, además, deberán pronunciarse sobre la improcedencia de reglamentar vía decreto, el ejercicio de derechos fundamentales. *“Esta regulación administrativa es problemática no solo por su contenido sustantivo, es decir, no solo porque se sitúa por debajo de los estándares impuestos por el Convenio, sino porque vulnera las reglas de dictación de normas jurídicas, dado que regula por decreto materias que son propias de ley. Así ocurre con la regulación de derechos fundamentales, la que por disposición constitucional e internacional debe realizarse por ley, no por reglamento. En el mismo sentido, al tratarse la consulta de un procedimiento, debiera quedar sujeta –al menos en los casos en que se trate de medidas administrativas– a la regla del artículo*

³⁷⁵ INDH, “Informe Final Mesa de Consenso”, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/images/stories/docs/indh-informe-final-mesa-de-consenso.pdf> [visitado el 15 de enero de 2014]

63, nº 18 de la Constitución, la que prescribe que solo son materias de ley las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”³⁷⁶.

¿Fue la finalidad del proceso, obtener el consentimiento? Si bien hubo consenso en la mayoría de los artículos, la afectación directa es uno de los temas más relevantes para los pueblos originarios. Por ello, se concluye que en este caso hay que “pesar” y no “contar” la cantidad de artículos consensuados. En consecuencia, se estima que existió un diálogo que buscó llegar a un acuerdo, pero que este no se logró.

Esta idea queda de manifiesto de la lectura del artículo 3° *“Cumplimiento del deber de Consulta. El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento. Bajo estas condiciones, se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo”*. Pareciera decir que basta con cumplir con el procedimiento del reglamento, reflejando la postura de que “las consulta hay que hacerlas, pero no son vinculantes”³⁷⁷.



³⁷⁶ CONTESE, Jorge “Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas” *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile, 2011*, p.185, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2011/> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

³⁷⁷ Entrevista ministro de desarrollo social, en http://m.df.cl/todas-las-empresas-estan-encargando-estudios-juridicos-sobre-el-impacto-del-convenio-169/prontus_df/2013-02-24/200121.html [visitada el 15 de enero de 2014]

Conclusiones

En el momento en que un tratado internacional se vuelve parte del ordenamiento jurídico chileno, este pasa a ser ley dentro de la República, por lo que, en la investigación se buscó recopilar antecedentes que fueran de utilidad para conocer, comprender, y situar al deber de consulta en el contexto jurídico nacional. Pero, para poder hacer una especie de “juicio de valoración” de la recepción del Convenio, era pertinente indicar también, los estándares internacionales en la materia y sus mecanismos de control. Por ello, se señalaron los parámetros en los que hay que basarse para valorar la forma en la que se ha reglamentado el tratado en el país.

En este sentido, la recepción del Convenio en Chile, recordó la discusión existente sobre la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos fundamentales, por lo que en el transcurso de la investigación, se señalaron planteamientos de la doctrina, que aún se encuentra dividida. Se estima que para la eventualidad de una nueva Constitución, esta debe hacerse cargo de este debate.

También, se indicaron los razonamientos del Tribunal Constitucional en torno a la forma en que ha entendido la consulta, la cual no es del todo acorde a lo señalado por el derecho internacional, como se expresó en el capítulo pertinente.

Desde la entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT, el deber de consulta ha sido uno de los derechos de los pueblos indígenas, más discutidos por la jurisprudencia. Así, como se pudo observar en el capítulo 3°, la Corte Suprema ha consignado distintos criterios para interpretarlo. En la mayoría de los casos analizados, se pudo percibir que los diversos alcances en la forma de entender la consulta radican en la amplitud de las palabras del Convenio N°169, siendo el concepto de afectación directa, “la pieza clave del rompecabezas”.

Por consiguiente, lo descrito en la investigación respecto a la recepción del Convenio en Chile, tenía la finalidad de situar la problemática en el contexto jurídico nacional, además de señalar posibles mecanismos que podrían resultar útiles para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados, como el control de convencionalidad.

Precisamente, la pregunta de investigación decía relación con la forma en la que se ha entendido la consulta en el país.

¿Cómo se ha reglamentado en Chile el deber de consulta en el periodo 2009-2013 a la luz del Convenio N°169 de la OIT?

Para responder esta interrogante, se revisó el Decreto Supremo N°124 de MIDEPLAN y se estudió el proceso de consulta de la consulta realizado para obtener el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social.

En cuanto al primer reglamento, su mención es más bien a modo de antecedente, puesto que fue derogado por el segundo. Se concluye que el decreto Supremo N°124 no guardaba conformidad con el Convenio N°169. Esto, porque se trató de una manifestación de voluntad de la autoridad administrativa que pese a afectar directamente a los pueblos originarios, no fue consultada. Su texto limitaba la aplicación de la consulta a aquellos casos que digan relación exclusiva con áreas de desarrollo indígena o que se refieran a una mayoría significativa de comunidades u organizaciones indígenas. Por estas consideraciones, la autoridad decidió crear un reglamento nuevo que fuera acorde al derecho internacional.

En cuanto al segundo reglamento comprendido dentro del periodo de tiempo señalado en la pregunta, el estudio se centró en un caso concreto. La consulta efectuada para obtener el decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social. Se consideró de relevancia jurídica debido a que se trató del primer y único proceso de génesis normativo en el cual han participado los pueblos originarios, que en cuanto a sus efectos tiene un alcance directo para ellos.

Así se revisó si en este proceso se garantizaron por el Estado, según el Convenio N°169 de la OIT, todas las dimensiones del deber de consulta. Para ello, se recurrió a la información obtenida de entrevistas efectuadas para esta investigación, los informes del gobierno y del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Se pudieron distinguir dos grandes etapas. Una primera iniciada en marzo del 2011, que corresponde a la “Gran Consulta” o a la Consulta sobre institucionalidad indígena. En esta etapa, se analizaron los estándares de previa y de procedimientos apropiados, debido a que fue suspendida y por lo tanto quedó inconclusa. Así, en cuanto al carácter de previo se concluye que no se cumplió, porque la agenda y metodología de trabajo no fueron acordadas con antelación con los pueblos indígenas.

Se observó que el Estado en esta primera etapa no había superado la fase de unilateralismo en el trato con los pueblos originarios, no brindándoles la posibilidad real de influir y reduciéndose la instancia a un mero despliegue de información.

En cuanto a los procedimientos apropiados, estos debían cumplirse según las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, en un clima de confianza en el que existiera un consenso en cuanto al procedimiento, lo cual en la especie no ocurrió. Por lo mismo se alzaron distintas voces solicitando la suspensión del proceso, Indígenas, el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la cámara de diputados. En este sentido, se concluye que el principal problema que presentó esta gran consulta indígena, fue el de pretender regular muchas temáticas de gran relevancia para los pueblos originarios, en una sola oportunidad. El reconocimiento constitucional, la creación de la agencia nacional de desarrollo indígena y consejo de pueblos indígenas, el establecimiento de un reglamento que regulara la forma de consultar y la consulta en el reglamento del SEIA.

Así, se suspendió esta primera etapa en septiembre de 2011, para dar lugar a la segunda etapa de consulta, que se inició con la creación de la comisión de consulta en el seno de CONADI.

En esta segunda etapa, se concluye que se cumplió con el carácter de previa de la consulta, toda vez que ésta se realizó con antelación a la dictación del Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, por medio de las sesiones de la mesa de consenso.

En cuanto al estándar de procedimientos adecuados, en esta segunda etapa, se concluye que el procedimiento fue apropiado dentro de lo posible. Éste debía ser pertinente culturalmente, adecuarse a la diversidad cultural de los pueblos indígenas, en un clima de confianza y de amplia difusión. Según lo señalado por los informantes, la complejidad de lo técnico dificultó el diálogo, además de la inexistencia de metodologías preacordadas por las partes. Pero, esto también permitió que las los indígenas y el Estado de común acuerdo determinaran los procedimientos a seguir.

Se sostiene que fue apropiado dentro de lo posible, en la base de que la consulta realizada induía a diferentes pueblos originarios habitantes de Chile, ergo, para que fuera pertinente culturalmente debía hacerse según las costumbres y tradiciones de cada pueblo y éstas son diversas, por lo que para lograr la adecuación a la cosmovisión de cada uno, habría que haber realizado varias consulta distintas, o sea una por pueblo.

Por eso, ésta sola consulta que estuvo marcada por la diversidad cultural de los participantes, en este parámetro se ajustó a las exigencias básicas.

En lo concerniente a la dimensión de la buena fe que establece el Convenio, se concluye que el estado no dialogó de buena fe con los representantes de los pueblos originarios que aceptaron la invitación a conversar. Esto se estima así, porque la consulta no debe ser un trámite aislado, sino un conjunto de actos sistemáticos y en un clima de confianza. Mientras la mesa de consenso sesionaba, se aprobó el reglamento del Servicio de Impacto Ambiental y en el Congreso Nacional se aprobó la Ley de pesca. Ambas medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios. Estas situaciones paralelas provocaron que el clima de confianza se viera cuestionado por los participantes y que en definitiva careciera la buena fe por parte del Estado.

Uno de los puntos más discutidos, porque amenazaba la legitimidad del proceso, es el de las instituciones representativas. De esta forma, se les hicieron diversas preguntas a los entrevistados, referentes a este aspecto. De sus respuestas, y de los antecedentes recopilados, se concluye que hay que distinguir dos alcances de la representación que se vieron en los hechos:

1. Que los 9 pueblos originarios que habitan en Chile, según el artículo 1° de la ley 19.253, tuvieran un representante dialogando con el Estado. El pueblo Rapa Nui se restó voluntariamente del proceso, así como Aymaras y Quechuas, según lo indicado en el informe final de la mesa de consenso del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su misión de observador. Es por ello, que en cuanto a este aspecto de la representación, el proceso no fue completamente representativo. Porque para dialogar con el Estado, independiente de los motivos que tuvieran, hubo pueblos indígenas que no fueron parte de la conversación.

2. Que las personas representantes de los pueblos originarios fueran efectivamente representativos de los mismos, es decir, que fueran legítimos. La relevancia de su legitimidad, radica en la facultad resolutoria que éstos tenían. Son los propios pueblos originarios los encargados de determinar libremente a sus representantes.

Por ello, es difícil decir tajantemente si fue o no representativo el proceso. Así, los criterios objetivos que puedan esgrimirse para decidirlo, deben ser coherentes a la identidad cultural de cada uno de los pueblos indígenas, por lo que les corresponde a ellos según su forma de comprender la realidad en la que viven, juzgar si las personas que participaron de la consulta, eran sus representantes legítimos.

En cuanto al objetivo de lograr el consentimiento, se reconoce que éste es un fin y no un requisito de validez de la consulta. De esta forma el diálogo debía encaminarse a lograr el acuerdo. Se consensuaron 17 artículos, resultando 3 de ellos sin la aquiescencia de los indígenas. Estos artículos no consensuados son los que se refieren al concepto de afectación directa, a las medidas a ser consultadas y la regulación de la consulta en relación a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. Se concluye que estos artículos son temas de mucha relevancia para los pueblos indígenas, especialmente la afectación directa. La forma en que el reglamento define lo que se debe entender por afectación directa, limita lo señalado por el Convenio.

En este aspecto, la generalidad y amplitud de las palabras del Convenio se concibe como un arma de doble filo. Por un lado, busca permitirles a los pueblos originarios, en el ejercicio de su libre determinación, señalar de qué manera les afecta en forma única una medida a adoptarse. Pero por otro lado, y por la flexibilidad con la que se debe aplicar el Convenio en cada Estado, crea la oportunidad para que los países que lo ratificaron dispongan una regulación que pueda limitarla, amparándose en ello.

Por lo tanto, para determinar si se logró el consenso, no hay que atender a la cantidad de artículos consensuados, sino al contenido de los artículos acordados. Es decir, estos deben “pesarse” y no contarse. Por ello, se concluye que no se logró el consentimiento.

Se reconoce en este proceso de consulta, el esfuerzo desplegado tanto por los pueblos participantes, como por el Estado. Así, es demostración de la voluntad de éste, de cambiar la manera de relacionarse con los pueblos originarios.

De este modo se concluye en la investigación, que la consulta es la forma más básica de ejercer la libre determinación, el primer nivel. Por consiguiente, hubo una oportunidad para ejercer la autodeterminación por parte de los indígenas que participaron, pese a las deficiencias y los estándares que no se lograron alcanzar.

Se señala que no obstante ello, subsisten deudas pendientes y quedan los debates planteados, como el reconocimiento constitucional o el establecimiento de un Estado plurinacional.

Además se hace presente, que en el transcurso de la investigación, se llegó a la conclusión de que es necesaria la creación de una nueva institucionalidad indígena, que tenga pertinencia cultural y por sobre todo que sea producto del ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Al mismo tiempo, se estima que la regulación de un derecho fundamental como la consulta, no es pertinente vía decreto y que con el tiempo, debiera regularse mediante una ley. Porque a fin de cuentas, el debate se radicará en los tribunales de justicia cuando el reglamento limite los casos de aplicación de la consulta en relación al Convenio N°169. En consecuencia, se estima que no le correspondía al reglamento determinar cuando algo es o no susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios.

Finalmente, los artículos no consensuados son expresión de lo más medular y radical de cada una de las posturas y en ese aspecto se logra visualizar que el Estado no estaba dispuesto a ceder en lo sustancial, porque al final del día quién tenía realmente esa opción era él, no los pueblos indígenas que carecen de derecho a veto.

No obstante ello, cabe agregar que éste ha ido evolucionando en su forma de comprender el deber de consulta, como se puede observar de las diferencias del proceso de gestación de ambos reglamentos. En una primera instancia se decreta un reglamento sin consultar, para en una segunda oportunidad avanzar hacia una gran consulta, muy ambiciosa y poco realista. Así, acaba en el establecimiento de una mesa de consenso que es fruto de la inquietud de los propios pueblos originarios.

El reconocimiento del derecho a consulta por el estado, se condice con el respeto a la diferencia, a la diversidad cultural. Debe ser defendido por una sociedad multicultural y pluralista, en pos de una cohabitación pacífica de todos los pueblos, los 10 pueblos, que viven en Chile. ¿Se buscó el dakeltun? Se estima que sí, y se espera que el estado constantemente lo vea como un objetivo al relacionarse con los pueblos originarios.

Bibliografía

Libros

ALDUNATE LIZANA, Eduardo “Capítulo XVI: Sistemática de los Derechos Constitucionales”, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008.

AYLWIN, José “Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, implicancias para Latinoamérica”, en *Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*, Editorial Catarata, 2010.

CANTÚ RIVERA, Humberto “El desarrollo de un Corpus juris internacional en materia de derechos colectivos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso de los pueblos indígenas”, en http://www.spidh.org/fileadmin/spidh/FMDH_2013/Appel/Intervenants/Pueblos_indigenas_y_de_rechos_colectivos_ante_la_CorteIDH.d...pdf [visitado el 23 de noviembre de 2013]

CEA, José Luis “Derecho Constitucional Chileno”, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2008.

CONTESE, Jorge “El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012.

FÉRNANDEZ LIESA, Carlos, “La Aparición de los Derechos Colectivos y los denominados de tercera generación”, en *El derecho internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica*. Editorial Arazandi SA, España, 2013, p.275.

GÓMEZ ISA, Felipe “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo” en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

GÓMEZ, Magdalena “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” en “Pueblos Indígenas y derechos humanos”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, en <http://www.observatorio.d/sites/default/files/biblioteca/ManualPueblosIndigenas%20U%20Deusto.pdf> [visitado el 10 de enero de 2014]

LLANOS MANSILLA, Hugo “Los Tratados y la reforma constitucional” en *La Constitución Reformada de 2005*, librotecnia, Santiago, año 2006.

LLANOS MANSILLA, Hugo “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Introducción y fuentes” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Capítulo I: Dignidad de la persona, derechos fundamentales. Bloque de Constitucionalidad de Derechos y Control de Convencionalidad”, en *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008..

RODRÍGUEZ César, MORRIS Megan, ORDUZ Natalia, BURITICÁ Paula “La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Estándares del Derecho Internacional” Universidad de los Andes, Bogotá Colombia, 2010, p21, en http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 09 de agosto de 2013]

SANHUEZA, Cristián "La Consulta previa en Chile: Del dicho al hecho" *Derecho y Pueblo Mapuche, aportes para la discusión*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2013.

VILLORO, Luis "Estado plural, pluralidad de culturas", Editorial Paidós-UNAM, México, 1998.

Publicaciones

AGUILAR, Gonzalo "El Control del Convencionalidad en la era del Constitucionalismo de los derechos. Comentario de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012", en *Estudios Constitucionales* año 10 N°2, 2012, en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art21.pdf> [visitado el 15 de octubre de 2013]

BENGOA, José "Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década", en http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/13273/lcl1925_P.pdf [visitado el 18 de enero de 2014]

CASTILLA, Karlos "El Control del Convencionalidad, un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", en http://www.equidad.scn.gob.mx/IMG/pdf/el_control_de_convencionalidad-Un_nuevo_debate_en_Mexico_1.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

CONTESSE, Jorge, LOVEIRA, Domingo "El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento", en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2011.

CONTESSE, Jorge "Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas" en *Informe Anual de derechos humanos 2011*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago 2011.

CONTESSE, Jorge "Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas" en *Informe de Anual de Derechos Humanos 2012*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

EVANS, Enrique "Los Derechos Constitucionales" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

FERRER Mc GREGOR, Eduardo "El Control difuso de Convencionalidad", en <http://www.ernestojinesta.com/14%20-%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf> [visitado el 24 de septiembre de 2013]

GALDÁMEZ ZELADA, Viviana "Comentario jurisprudencial: La consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del tribunal roles 2388-12-CPT y 2389-12-CPT acumulados", en *Estudios Constitucionales* vol. 11 N°1, Santiago, 2013, en http://www.scielo.d/scielo.php?pid=S0718-52002013000100018&script=sci_arttext [visitado el 15 de octubre de 2013]

IBAÑEZ RIVAS, Juana María "Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Anuario Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2012.

IMAI, Shin "La libre determinación indígena y el Estado, en Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia", en http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262780 [visitado el 01 de diciembre de 2013]

IMAI, Shin “La libre determinación indígena y los conflictos sobre la tierra y el medioambiente, el rol del poder judicial” en http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180659 [visitado el 01 de diciembre de 2013]

MCKAY, Fergus “Los derechos de los pueblos indígenas y el comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación racial” Forest People’s Programme, 2007, en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/10/cerdipsrightssept07sp.pdf> [visitado el 26 de octubre de 2013]

NAVARRO BELTRÁN, Enrique “Tratados y Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en <http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf> [visitado el 27 de septiembre de 2013]

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” en <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf> [visitado el 12 de julio de 2013]

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, tomo I, año 1996.

RIBERA NEUMANN, Teodoro “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 5, Universidad de Talca, 2007, p.92.

RIVERA NEUMANN “Incorporación de los Tratados Internacionales al Ordenamiento Jurídico chileno” en *Revista Derecho Público*, Tomo I, Volumen 69, p.511

RODRÍGUEZ César, MORRIS Megan, ORDUZ Natalia, BURITICÁ Paula “La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Estándares del Derecho Internacional” Universidad de los Andes, Bogotá Colombia, 2010, p16 en http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 06 de agosto de 2013]

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo “Justicia Constitucional y Derechos fundamentales”, en <http://www.pabloriguez-tagle.cl/blog/wp-content/uploads/2011/04/Justicia-Constitucional-y-DDFF-Bordal%C3%AD.pdf> [visitado el 12 de julio de 2013]

SAGÜES, Nestor “Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad” en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf> [visitado el 12 de julio de 2013]

SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “La libre determinación indígena en la práctica: conceptualizando la libre determinación indígena e identificando estrategias para su implementación” en http://libredeterminacion.org/proldi/presentaciones/presentacion_01.pdf [visitado el 10 de octubre de 2013]

SEELAU, Laura, SEELAU Ryan “Tomando en serio la libre determinación indígena en Chile: Aprendizajes de las experiencias indígenas en Estados Unidos y su posible aplicabilidad en Chile” en <http://www.libredeterminacion.org/investigacion/ProjectISD-Chile01ESP.pdf> [visitado el 10 de octubre de 2013]

Documentos

ANAYA, James “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile” abril de 2009, en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> [visitado el 26 de diciembre de 2013]

ANAYA, James “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, de 15 de julio de 2009, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 18 de enero de 2014]

ANAYA James, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones de Septiembre 2009”, p.13, párrafo 37, en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf [visitado el 23 de diciembre de 2013]

ANAYA, James “Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas: La situación de los Pueblos Indígenas en Chile, seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator anterior, 5 de octubre de 2009” en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/country-reports/la-situacion-de-los-pueblos-indigenas-en-chile-seguimiento-a-las-recomendaciones-hechas-por-el-relator-especial-anterior> [visitado el 14 de octubre de 2013]

ANAYA, James “Estándares del deber de consulta, comentarios del relator especial a la propuesta de reglamento de consulta del gobierno de Chile” noviembre de 2012, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1654-comentario-reglamento-chile.html> [visitado el 14 de octubre de 2013]

ANAYA, James, Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, año 2012, en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf> [visitado el 10 de enero de 2014]

BID, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario “Estrategia para el desarrollo indígena” en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691269> [visitado el 15 de septiembre de 2013]

CERD “Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial CERD/C/CHL/CO/19-21, 30 de agosto de 2013 Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile”, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

CERD “Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones a Chile, CERD/C/CHL/CO/19-21, 30 de agosto de 2013”, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

CERD, Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, “Los derechos de los pueblos indígenas”. Recomendación general n° 23. En https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CDEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.portalfio.org%2Finicio%2Frepositorio-derechos-culturales%2Fdoc_download%2F476-comite-para-la-eliminacion-de-la-discriminacion-racial-gc-23.html&ei=isaTUvSfB-qssQSP8YDQAQ&usg=AFQjCNGieDpl7nZp6s-B7z3U6GGxRhQZkA&sig2=yWD2jQmvxshe0xbDa760VA&bvm=bv.56988011,d.cWc

CIDH, “Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002”, en <http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm> [visitado el 02 de octubre de 2013]

CIDH, “Informe 40/04 caso de comunidades indígenas mayas en el distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004” en <http://www.politicaspublicas.net/panel/siddhh/casos-cidh/546-cidh-2004-caso-maya-belice.html> [visitado el 10 de septiembre de 2013]

CIDH, “Democracia y derechos humanos en Venezuela DOC OEA/Ser.L/V/II Doc 54, 30 de diciembre de 2009”, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> [visitado el 10 de septiembre de 2013]

Gobierno de Chile. “Informe de Trabajo Mesa de Consenso de fecha 06 de Agosto de 2013”, en <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [visitado el 12 de diciembre de 2013]

Gobierno de Chile, “Propuesta sobre Reglamento de Consulta Indígena”, en <http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf> [visitado el 03 de enero 2013]

Gobierno de Chile, “Informe Examen Periódico Universal Chile, 2014, en <http://www.minrel.gob.cl/informe-eput-chile-2014-consejo-de-derechos-humanos/minrel/2013-08-07/164104.html> [visitado el 12 de febrero de 2014]

Gobierno de Chile, “Informe Examen Periódico Universal, Segundo Ciclo 18° sesión enero 2014”, en http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20130402/asocfile/20130402121122/informe_eput_chile_noviembre_2013_2.pdf [visitado el 12 de febrero de 2014]

Gobierno de Chile, “Informe final Mesa de consenso”, en <http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/Informe%20Final%20Mesa%20de%20Consenso%20v00.pdf> [visitado el 29 de diciembre de 2013]

INDH “Informe sobre el deber de consulta previa en el reglamento del SEIA”, en, <http://es.scribd.com/doc/147518833/Informe-INDH-Reglamento-SEIA-y-Consulta-a-Pueblos-Indigenas> [visitado el 15 de enero]

INDH “Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena” Agosto de 2013, p.8, en <http://bibliotecadigital.indh.d/bitstream/handle/123456789/588/Informe?sequence=1> [visitado el 29 de diciembre de 2013]

INDH, “Informe Intermedio de Observación de Mesa de Consenso Indígena”, p.7 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/docs/INDH-Informe-intermedio-mesa-de-consenso-17-04-2013.pdf> [visitado el 05 de enero de 2014]

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías “Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas” Documento de trabajo N°9, en http://www.observatorio.d/sites/default/files/biblioteca/reconocimiento_constitucional_final.pdf [visitado el 13 de octubre de 2013]

OEA, Comisión Interamericana de Derechos humanos “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales” en <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> [visitado el 02 de octubre de 2013]

ONU “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el CEDR de las Naciones Unidas”, p.14, en <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/10/cerdipsrightssept07sp.pdf> [visitado el 25 de noviembre de 2013]

OIT-CEACR “Informe del CEACR, observaciones a Chile, CERD/CHL/CO/19-01, del 40 de agosto de 2013”, párrafo 12, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° Reunión, 2011”, en http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/WCMS_151559/lang-es/index.htm [visitado el 23 de diciembre de 2013]

OIT- CEACR, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Referencia: ILC.100/III/1ª, Fecha de publicación: 16 de febrero de 2011, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones”, en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf>

OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión, 2011”, en <http://www.ilo.org//> [visitado el 11 de octubre de 2013]

OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Referencia: ILC.100/III/1ª Fecha de publicación: 16 de febrero de 2011” en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/attachments/article/726/oit-ceacr-informe-2011-pueblos-indigenas.pdf> [visitado el 13 de octubre de 2013]

OIT-CEACR, “Informe de Observaciones sobre el Convenio N°169 en Chile, 2013”, en <http://www.politicaspublicas.net/panel/chile-oit/1655-2013-ceacr-oit-chile.html> [visitado el 10 de diciembre de 2013]

OIT-CEACR “Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2013”, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205508.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

OIT, “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169)”, 2013, en http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 10 de septiembre de 2013]

OIT “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad”, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507321,es:NO [visitado el 15 de enero de 2014]

OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT”, año 2009, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf [visitado el 28 de agosto de 2013]

OIT “Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual”, Ginebra, 2003, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf [visitado el 19 de mayo de 2013]

OIT, Manual para los mandantes tripartitos de la OIT “Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm 169)”, 2013, en http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm [visitado el 10 de septiembre de 2013]

OIT, “Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT, una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010”. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf [visitado el 15 de enero de 2014]

OIT, “Informe del Comité encargado de examinar la redamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México”, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es:NO [visitado el 14 de enero de 2014]

OIT, “Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)”, párrafo 79, en

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es:NO [visitado el 15 de enero de 2014]

OIT, “Constitución de la Organización del Trabajo”, en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf> [visitado el 08 de Agosto de 2013]

ONU “Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, grupo de las Naciones Unidas, febrero 2008”, en http://www.politicaspublicas.net/panel/documentos/2008_onu_directrices_pueblos_indigenas.pdf [visitado el 28 de septiembre de 2013]

ONU “Examen Periódico Universal, situación de los estados miembros de la ONU”, en <http://www.derechoshumanos.net/ONU/ExamenPeriodicoUniversal-EPU.htm> [visitado el 24 de noviembre de 2013]

ONU, “Informe de grupo de trabajo sobre examen periódico universal”, en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/A_HRC_12_10_CHL_S.pdf [visitado el 24 de noviembre de 2013]

PNUD, “Observaciones a Ecuador”, en Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), p.125 en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf [visitado el 15 de noviembre de 2013]

Jurisprudencia

Corte IDH caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001.

Corte IDH, caso de comunidad Yake Axa vs. Paraguay, de fecha 17 de junio de 2005.

Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua del 2005, de fecha 23 de junio de 2005.

Corte IDH, caso de comunidad Sawhoyamaya vs Paraguay, de fecha 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, de fecha 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH Trabajadores cesados del congreso vs Perú, de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH, caso Saramaka vs. Surinam, de fecha 28 de noviembre año 2007.

Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, de fecha 24 de febrero de 2012.

Corte IDH, caso Sarayaku vs. Ecuador, de fecha 27 de junio de 2012.

Corte Suprema, causa rol 4078-2010, de fecha 14 de octubre de 2010,

Corte Suprema, sentencia rol 1525-2010, de fecha 23 de octubre de 2010.

Corte Suprema, causa rol 10.090-2011, de fecha 22 de marzo de 2011.

Corte Suprema, causa rol 2211-2012, de fecha 27 de abril de 2012.

Corte Suprema, sentencia rol 1602-2012, de fecha 8 de junio de 2012.

Corte Suprema, causa rol 1090-2011, de fecha 22 de marzo de 2012.

Corte Suprema, causa rol 5339-2013, de fecha 25 de septiembre de 2013.

Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 1705-2009, de fecha 21 de enero de 2010.

Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia rol 148-2010 de fecha 26 de mayo de 2010.

Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 349-2011, de fecha 20 de enero de 2012.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 618-2011, de fecha 17 de febrero de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia rol 501-2011, de fecha 4 de mayo de 2012.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia rol 239-2011, de fecha 11 de octubre de 2012.

Corte de Apelaciones de Copiapó, causa rol 300-2012, de fecha 15 de junio de 2013.

Tribunal Constitucional, sentencia rol 309-2000, 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional, sentencia rol N°346 de fecha 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional, sentencia rol 2387-2008, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional, sentencia rol 1050-2008, 3 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional, sentencia rol 1988-2011, 25 de junio de 2011 considerando 19.

Tribunal Constitucional, sentencia rol 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de fecha 23 de enero 2013.

Memorias

GUERRERO, Nicéforo "Francisco de Vitoria en torno a la conquista de América", doctorado en filosofía del derecho, en <http://ols.uas.mx/PubliWeb/Articulos/Francisco-de-Vitoria-Entorno-a-la-Conquista-de-Am%C3%A9rica.pdf> [visitado el 28 de Agosto de 2012]

Normas Jurídicas

“Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo”. Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, promulgado el 10 de octubre y publicado el 14 de octubre del mismo año y entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009”.

“Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU”, Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU (A/61/L.67 y Add1) 61/21. De fecha 13 de septiembre de 2007.

“Convención sobre los derechos del niño”, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Promulgada en Chile, el 14 de agosto de 1990, publicada el 27 de septiembre de 1990. Decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Véase su artículo 30.

“Convenio sobre la diversidad biológica”, adoptado el 05 de julio de 1992, en Río de Janeiro, Brasil. Promulgado el 28 de diciembre de 1994, publicado el 06 de mayo de 1995. Decreto N° 1936 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Véase su artículo 8, letra j).

“El Programa 21”, aprobado el 14 de junio de 1992 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Véase su capítulo 26, en <http://www2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/rio92/agenda21/age26.htm> [visitado el 15 de noviembre de 2013]

“Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, promulgado el 26 de octubre de 1971, publicado el 12 de noviembre de 1971. Decreto N° 747 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

“Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 27 de marzo de 1976. Promulgado el 30 de noviembre de 1976, publicado el 29 de abril de 1989. Decreto N°778 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Véase artículo 20.

“Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. Promulgado el 28 de abril de 1989, publicado el 27 de mayo de 1989. Decreto N°326 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

“Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, adoptada el 2 de noviembre de 2001”. Véase artículo 4°.

“Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales”. Aprobada el 20 de Octubre de 2005. Véase su preámbulo, párrafo 8.

“Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de la UNESCO” adoptada el 17 de octubre de 2003. Véase artículo 15 y preámbulo.

“Directrices Akwé Kon”, voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares”. Montreal, p.27. (Directrices del CDB)

“Convenio Sobre la Diversidad Biológica”, promulgado el 28 de diciembre de 1994, publicado el 06 de mayo de 1995. Decreto N°1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

“Normas de Desempeño 7”, Corporación Financiera Internacional, pueblos indígenas. De Fecha 01 de enero de 2012.

“Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”. Suscrita por Chile el año 1969. Entró en vigor el 22 de junio de 1981

“Decreto Supremo N° 124 de MIDEPLAN. Reglamenta el artículo 34 de la ley 19.253 a fin de regular la consulta y participación de los pueblos indígenas”. Promulgado el 04 de septiembre de 2009 y publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2009.

“Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social, aprueba reglamento que regula la consulta indígena en virtud del artículo 6N°1 letra a) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica”. De 15 de noviembre de 2013. Del cual se tomó razón el 26 de febrero de 2014, “Ministro Baranda informa a los pueblos indígenas de nuevo reglamento”, en <http://www.biobiochile.cl/2014/02/26/ministro-baranda-informa-a-pueblos-originarios-de-nuevo-reglamento-de-consulta-indigena.shtml> [visitado el 28 de febrero de 2014]



Anexos



Entrevista Cristián Sanhueza¹

Bachiller en Ciencias Sociales y Humanidades, Diplomado en Pensamiento Contemporáneo, egresado de derecho en la Universidad Diego Portales, asesor de las comunidades indígenas en el proceso de consulta sobre la consulta.

1.- Una de las críticas al proceso de la nueva reglamentación de consulta, fue la falta de representatividad de los pueblos originarios. Importante sectores se restaron del proceso, como los Rapa Nui, el Pacto de Autodeterminación mapuche, Aymaras y Quechuas. En este contexto, ¿usted estima que el proceso de consulta fue representativo?

Creo que la pregunta es muy interesante porque obviamente se observó muchas críticas a nivel comunicacional, lo interesante es analizar las condiciones de posibilidad de esas críticas, es decir, en qué contexto se dan esas críticas y cuan legítimas son en razón a lo que existe hoy en Chile respecto a la representatividad de los pueblos indígenas.

Desde el primer punto de vista, los procesos de consulta tienen distintos estándares, y uno de esos estándares es que en el proceso existan instituciones representativas, por tanto las instituciones representativas son aquellos cuerpos indígenas que representan a los pueblos indígenas en su propia autonomía, es decir son los pueblos indígenas quienes deciden la participación de tal o cual persona. En ese contexto puede uno entender que quienes participaron lo hacen por su propia voluntad, no lo hacen obligados y por otro lado ni el estado ni otros terceros pueden interferir en la decisión de quienes participan porque como te cuento la participación es voluntaria y por un lado los indígenas solamente lo pueden legitimar.

Respecto a la falta de legitimidad otros sectores pudieron haber participado, la respuesta es clara, obviamente pudo haber participado más gente, la pregunta es quien se restó y por qué razón. De pronto los *Rapa Nui* se restaron porque buscaron un proceso separatista, ellos querían una consulta sólo el pueblo *Rapa Nui*, lo que es legítimo y por esa razón se bajaron de la mesa. Los otros actores se bajaron por los desacuerdos con el gobierno, pero si tú también analizas dices, bueno, el proceso de consulta implica desacuerdos. En la hipótesis mismas de la consulta está la

¹ Entrevista realizada por la memorista, de fecha 24 de noviembre de 2013, por Skype debido a la imposibilidad física de reunirse en forma personal, ya que el Sr. Sanhueza vive en Santiago.

posibilidad de llegar a acuerdo o no llegar a acuerdo, entonces uno debe privilegiar también el dialogo. Entonces la pregunta es hay en Chile un cuerpo representativo de los pueblos indígenas? Y la respuesta es no, no hay ningún órgano bajo la cobertura estatal que garantice el dialogo con los pueblos indígenas a través de una consulta nacional, entonces en ese sentido la legitimidad que se construyó es la legitimidad que hay, no hay ningún otro proceso de consulta más exitosos que este, en términos de participación, de proceso, de acuerdo, etc, entonces yo entiendo que las críticas son legítimas, le resto un tanto de seriedad en el contexto en que se dan, porque no hay un órgano netamente representativo de los pueblos indígenas, si se invitó a la mayoría de la gente y no quisieron participar y aquellos que se bajaron del proceso y no quisieron participar lo hicieron por desacuerdo. Entonces son razones suficientes como para entender que quienes participaron fueron los que realmente estaban interesados

2.- ¿Por qué cree que hubo grupos que se restaron o no quisieron participar?

Razones más políticas que de texto, si ves los textos que están en internet, las críticas principales eran por ejemplo que Marcial Collin se había vendido al sistema chileno, porque estaba discutiendo un reglamento hecho por el gobierno básicamente, pero si tu analizas los textos jurídicos te das cuenta que la propuesta del gobierno entregada en agosto el 8 de agosto del 2012, versus la que entregaron los pueblos durante el mismo proceso, te das cuenta que son totalmente distintas las propuestas, desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista político, de modo que la crítica se desvanece, cuando dice oye mira, imposible que se haya vendido porque los textos que se dice que son iguales, no lo son. Entonces yo creo que son más bien problemas políticos entre dirigencias políticas que un trasfondo más bien de derecho. Es también un problema contingente circunstancial, del momento de liderazgo político, y no es un problema de decir, mira esto no cuenta con las garantías de un proceso que a mi parecer y yo he hablado esto con colegas colombianos y de otras partes de Latinoamérica y no hay procesos más ambiciosos en términos de organización de logística, de instancias, de dialogo, de metodología, etc, que el que se realizó acá, entonces una crítica bueno, si los perros ladran dicen por ahí.

3.- ¿Cuál cree usted que fueron las virtudes y debilidades del proceso de “consulta de la consulta”?

Debilidades creo yo fue que la realidad. Enfrentarse a un proceso que nadie sabía cómo hacer, eso obviamente fue una debilidad uno podría decir, se perdió tiempo en las primeras sesiones porque

no encontrábamos la metodología correcta para poder dialogar de una manera fluida. Pero por otro lado dio el espacio a una creatividad que nos permitió encontrar cual era la mejor forma de adecuarse a los tiempos indígenas, a los tiempos del estado, para poder dialogar de una manera franca y esas debilidades al rato, se convirtieron en fortaleza, porque finalmente, la manera de cómo se realizó la consulta en la práctica permitieron visualizar la manera como se tenía que reglamentar la consulta si uno analiza un fenómeno uno se da cuenta que en un proceso de consulta el objetivo es regular la propia consulta o sea es decir, se está regulando algo que se está haciendo. Y eso es complejo en términos jurídicos, porque por ejemplo el arquitecto construye una casa así en la inspiración misma, bueno, nosotros también, pero la técnica legislativa o la producción normativa es difícil hacerla cuando se está en constante dialogo, pueblos indígenas y estado a diferencia que cuando se hace en el congreso que es más fácil. Las debilidades iban por ese camino, por la ausencia de metodologías pre acordadas, por la inexistencia de otros modelos a nivel nacional. La fortaleza fue la capacidad de articulación de los pueblos indígenas que creyeron en una capacidad de dialogo. Eso es importantísimo porque si hay algo que se les criticó a los pueblos indígenas es la incapacidad de dialogar de manera sostenida, es decir, de lograr acuerdos en el tiempo, esto es decir del *establishment*, te dicen no hay indígenas con quien conversar y más encima no hay indígenas con quien conversar de manera seria. Bueno este proceso si tuvo esa capacidad, y permitió entre otras cosas si bien no contar con un reglamento 100% consensuado, si con altos números de consenso lo que es positivo-.

4.- ¿Cómo cree usted que influyó la alta complejidad de ciertos temas que se trataban en la mesa de consenso como por ejemplo el reglamento de estudio de impacto ambiental?

Yo creo que todos los procesos de consulta generan asimetrías estructurales entre los intervinientes, lo que vendría a ser los pueblos indígenas propiamente tal y el estado. Si tu revisas las imágenes del proceso de consulta ves al estado con 12 abogados, cada uno de su propios ministerios hablando tecnicismos puros y por otro lado vez a dirigentes indígenas que son dirigentes rurales que no están en la obligación bajo ningún respecto de ser expertos en materia indígena, de temas de derecho indígena. Entonces informar en base de la asimetría, información importante que obviamente complejizaba la consulta, las preguntas, los diálogos. Porque por un lado uno tenía que ser capaz de equiparar el discurso, es decir estamos hablando, ustedes desde la complejidad del SEIA en términos jurídicos, nosotros estamos hablando de términos de impacto en la zona rural, entonces equipara esos lenguajes, esos códigos. El problema era lo técnico, y una

vez que saldaba lo técnico, el tema es el doble complejidad de estos temas, que es, el debate que hay detrás de los proyectos de inversión, el desarrollo, versus a la protección de los indígenas en territorio indígena, esos son materia complejas que de pronto no se llegaron a consenso, ese fue uno de los artículos en que no hubo consenso porque al debate, al momento de consultar esos artículos, la discusiones venían de orígenes distintos, es decir el estado representaba una idea y los pueblos indígenas representaban y defendían algo muy distinto, entonces era muy difícil llegar a un consenso cuando se estaban proponiendo y defendiendo cosas muy distintas, fue muy complejo obviamente.

5.- Uno de los temas en los que no se logró consenso es el del concepto de la “afectación directa”, es decir, qué es lo que se entiende por “susceptible de afectación directa”. El proyecto señala, en su artículo 6² que deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas, y que se entenderán por medidas legislativas, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto *significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales*. En este contexto, el INDH señala que se limita la aplicación de la consulta en términos que no señala el convenio³. ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos que permitan delimitar cuando existe afectación directa?

Bueno nosotros en el proceso de consulta señalamos exactamente lo mismo que el instituto, señalamos que la forma en que el gobierno entendía la afectación y las medidas a ser consultadas restringían totalmente el alcance normativo del artículo 6° del convenio porque si se hace un poco de análisis dogmático del asunto, el convenio 169 en el artículo 6° establece dos elementos

² Artículo 6: Medidas a ser consultadas. Deberán ser consultadas las medidas administrativas y legislativas contempladas en este reglamento. Se entenderá por medidas legislativas a consultar, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, que emanen de los órganos de la administración del estado, en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública discrecional, para satisfacer una necesidad pública determinada, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán exceptuados del deber de consulta, los actos de ejecución de estas medidas.

³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe misión de observación, Mesa de Consenso Indígena”, agosto de 2013.

copulativos para que la consulta previa opere, o sea la eventual existencia de una medida, es decir ojo, el convenio no te exige una medida ya adoptada por el estado sino la potencialidad de una posible medida administrativa o legislativa que afecte a los pueblos indígenas, es decir son dos elementos, la medida y la afectación. Pero ni la medida, ni la afectación tienen categorías de evaluación para que puedan ser aplicadas a la consulta, es decir el convenio 169 no habla de una medida administrativa general o particular y el convenio 169 tampoco habla de afectación específica y exclusiva. Uno lo que primero decía dogmáticamente, es que una ley, como sería el convenio 169, en la interpretación de la jerarquía de los tratados internacionales, uno sostenía que era imposible restringir el alcance de una norma de jerarquía legal a través de un reglamento, de modo que la propuesta del gobierno era impropia en términos dogmáticos, porque era imposible restringirla por una norma jerárquicamente inferior que sería este reglamento de consulta. Esa era la primera discusión que uno tenía que saldar, que los pueblos trataran de defender y que el gobierno hizo caso omiso. Pero la otra pregunta es cuales fueron los términos objetivos para decidir el nivel de afectación. Ese es el vacío más grande del convenio 169, porque no lo define, y tampoco lo define los dictámenes de la OIT en sus consulta o en sus requerimientos de queja, ni tampoco James Anaya en los distintos informes, o sea en ninguna parte james Anaya señala mira la afectación tiene que ser de este o cual tipo, ha señalado en algunos informes por ejemplo que la afectación se entiende como aquella afectación que no es percibida por el resto de la población no indígena. Entonces eso sigue siendo una categoría amplia, lo que hay detrás de la afectación es la posibilidad que tienen los pueblos indígenas a través de su propia autonomía definir de qué manera algo les puede afectar o no, eso es peligroso en la opinión del gobierno, porque ellos decían nos van a hacer consultar absolutamente todo. La respuesta no es tampoco todo, sino, son ciertas medidas administrativas y legislativas que pueden afectar derechos y por otro lado aquellas que afectan esos derechos y esa afectación son requisitos objetivos que uno podría sostener al momento de hacer la consulta. Pero ahora y bien hacer una lista taxativa de cuáles son los tipos de afectación directa es restringir a priori el alcance normativo de la consulta que tiene por objeto consensuar medidas que afectan a posteriori casi. Si uno desde la técnica legislativa busca hacer una redacción que limite a priori el alcance de ese concepto, corremos el riesgo de limitar las hipótesis eventuales que podían surgir o emerger de consulta previa. Sin embargo si se deja en una redacción abierta como esta en el convenio 169 deberá ser la fundamentación del acto de la administración del estado niegue un proceso de consulta, el que se deberá ver enfrentado ante tribunales, y serán los tribunales los que a partir del principio de

deferencia de la necesidad, prioridad, idoneidad de la medida administrativa si fue correcto o incorrecto negarle el derecho a la consulta, pero eso tiene que ser una cuestión casuística y no algo que esté contemplado en la norma que desde ya limite el derecho.

Entonces si el reglamento no puede limitar lo que señala una ley, ¿éste se vería sin aplicación en la práctica?

Así como esta puesto según el gobierno tendría aplicación en la práctica, lo que permitiría, si tú te das cuenta el gobierno solo quería consultar las medidas administrativas de alcance general y por ejemplo una resolución de calificación de impacto ambiental es una medida administrativa de alcance particular, porque llevándolo al termino civilista seria como una resolución de calificación ambiental tiene respecto a terceros, efectos relativos a las partes o sea vincula solo aquel que solicitó la autorización, no a todos, a imagen que el juez con esa autorización pueda solicitar las demás autorizaciones sectoriales y el estado esté en la obligación de entregarla. La naturaleza jurídica de la resolución de calificación ambiental es de alcance particular, o la declaración de una zona de CONADI, también es particular, entonces el gobierno ha dejado muchas cosas afuera con ese concepto. Entonces como está ahora, con ese artículo serviría, pero serviría no sé, no es un número exacto para menos de la mitad de las causas que generan los procesos de consulta.

6.- El otro tema que se presentó controvertido, fueron las decisiones adoptadas por las municipalidades, que según el reglamento no van a estar sometidas a consulta. ¿Usted cree que debieran estar sometidas a consulta?, ¿Por qué?

Lo primero que uno tiene que hablar es que tanto el tribunal constitucional como el propio James Anaya, han señalado que las municipalidades no están exentas del deber de consulta. Es claro en la jurisprudencia y en la literatura. De hecho hay un caso, si no mal lo recuerdo de la Corte de Temuco o Puerto Montt sobre una municipalidad que no licitó un proceso y un *peñi* recurrió de protección y gano la causa a propósito de que no fue consultado. Hay que despejar primero la duda de que el deber de consulta si está y las municipalidades deben consultar, la pregunta es si lo hacen a través de este reglamento o lo hacen a través de un reglamento de ellas mismas o la experiencia las lleve a realizar un proceso de consulta. En nuestra opinión, nosotros siempre sostuvimos que sí debían hacer consulta, que había argumentos jurídicos para sostener que un reglamento como este si podría tener la fuerza jurídica para obligar a la municipalidad a hacer consultas por este reglamento, cuestión que obviamente fue resistida por el gobierno. La pregunta

es por qué? Ellos sostienen que no era posible porque no se podía regular a través de un reglamento la potestad autónoma de las municipalidades como es definir el mecanismo de participación de sus habitantes, que es un capítulo especial de la ley orgánica de municipalidades, que tiene que ver con participación. Por otro lado nosotros sosteníamos que esa era una potestad en términos de participación ciudadana, pero no participación indígena, porque el continente normativo no era la ley orgánica de municipalidades, sino el convenio 169 propiamente tal. Por tanto ligaba a las municipalidades y las municipalidades al no tener la potestad reglamentaria respecto de un tratado internacional, como el convenio 169 la única opción que tenía para reglamentarla era tal vez de un reglamento emitido por el ejecutivo, en este caso el reglamento de consulta, pero sobre ese punto no se llegó a consenso y lamentablemente hay elementos internacionales, si uno lee las declaraciones de James Anaya, él sostiene sobre este punto que si bien es positivo que las municipalidades sean consultadas por el proceso de consulta se entiende los problemas de constitucionalidad de la norma, por tanto queda expectante, no da una solución sobre el tema, entonces eso le da al gobierno un espacio para no insistir sobre ese punto.

7.- ¿Cree que el nuevo reglamento de consulta, refleja un reconocimiento de la libre determinación por parte del Estado a los pueblos indígenas? ¿Si su respuesta es no, cómo debiera consagrarse o cuáles debieran ser sus elementos básicos?

Yo creo que a en términos de oportunidad si es una oportunidad. Si es una oportunidad que los pueblos tienen en función de su autodeterminación para exponer qué y cuáles son las razones que esgrimen para que una medida se adopte o no se adopte. Desde ese punto de vista si, ahora desde el punto de vista del diseño institucional, de los órganos y los cuerpos estatales le den cobertura y le den potestad publica pal ejercicio de la autonomía creo que no. O sea yo no creo tampoco que la consulta previa sea la panacea de la autonomía de los pueblos indígenas pero si un primer paso para que esos otros espacios que hay que construir sobre institucionalidad indígena, sean consultados por ejemplo. No sacamos nada con elevar proyectos de lo que sea sobre temas indígenas, en que lo básico, es decir el proceso de consulta no está diseñado para que esos sueños de institucionalidad se consulten, entonces es fundamental contar con un diseño institucional en lo inmediato para que toda la próxima institucionalidad indígena, y hablo de todo, un ministerio indígena un consejo de pueblos indígenas sea debe ser consultado. Entonces es un espacio, pero no soluciona el problema de la autonomía.

8.- La institucionalidad indígena actual ha sido impuesta desde el ordenamiento jurídico chileno, en asociaciones y comunidades, según la ley indígena 19.253. ¿Qué propuesta o elementos debiera tener una institucionalidad propiamente indígena?

Yo creo que lo que primero debiera tener es autonomía constitucional respecto de cualquier otro cuerpo u organismo del Estado y autonomía de presupuesto. Es decir que este órgano tenga la capacidad de determinar, que y como y a quienes van a beneficiar los presupuesto que el estado haya desinado a la política indígena en general, es decir que puedan determinar toda la política oficial del estado de los pueblos indígenas lo puedan determinar los propios pueblos indígenas en conversaciones en políticas de ellos. Esos son los dos presupuestos básicos que yo instaría que cualquier cuerpo de institucionalidad indígena posea en el estado chileno. Ahora ¿qué más se le podría agregar? Ingeniería constitucional, cuantos representantes, como van a ser electos, cuáles son sus facultades, sus potestades, eso son propios de la ingeniería constitucional, pero por de pronto yo me acogería a eso, porque si uno empieza a hablar sobre un consejo de pueblos que tenga la capacidad de establecer leyes por ejemplo desde lo indígena, se confunde un poco la función, o sea porque no entonces tener una cuota de representatividad en el congreso de pueblos indígenas en ambas cámaras, entonces ese es otro tema. Yo solamente como para no sonar muy aspiracional, lo dejaría con esos dos requisitos mínimos, 1 autonomía constitucional y 2 autonomía presupuestaria que la puedan decidir solamente los pueblos indígenas a partir de estos representantes que sean electos a partir de este consejo representativo de indígenas.

9. Como podrían reflejarse y verse incorporadas sus creencias y valores ancestrales respecto de estas mismas estructuras?

Eso es un tema difícil porque uno puede señalar las instituciones que tiene la ley indígena en términos reales no funcionan mucho, porque uno va a los territorios y se da cuenta que al margen de que haya un presidente, un secretario, o tesorero de la comunidad, si es que hay autoridades tradicionales son ellos los que deciden las cosas, o sea si hay un *lonko*, una *machi*, él o ella en último término son los que pueden dirigir la opinión de las comunidades, porque los requisitos para la formación de la comunidades etc, son cuestiones impuestas a las comunidades indígenas porque no están dentro de su conocimiento histórico por así decirlo. Ahora cómo es posible que las autoridades tradicionales sean las que estén inmersas en las mismas autoridades públicas por decirlo así, eso va a depender exclusivamente de los indígenas el que se elige un sistema representativo de participación, la manera en como lo van a elegir ellos, bueno, ellos verán como,

pero eso es algo que se hace a nivel de votos, ellos harán votación a nivel territorial, sea a mano alzada, o escrita, la manera en que van a elegir esos representantes del consejo, bueno si ellos son o no autoridades tradicionales va depender exclusivamente de ellos. Yo creo que uno no podría imponer que solamente van a llegar a la elección de este consejo de indígenas aquellos que ostenten cargos o roles ancestrales dentro de sus propias comunidades, yo creo que eso es algo propio de la autodeterminación de los pueblos, lo que si me parece correcto es que no exista un diseño institucional que esté muy alejado de la realidad de los pueblos indígenas y de la manera en como estos están acostumbrados a dialogar. Esto es un tema bastante complejo porque uno también suele mitificar la política indígena esperando, esto va a sonar un comentario duro pero para que se entienda, que “los indios sigan siendo indios para hacer política indígena” uno espera casi que el indio llegue con taparrabo, ojala no ocupe internet porque es menos indio, etc, etc, etc, entonces yo creo que la cosa no es así, el mundo indígena no pierde su conexión ancestral respecto de su territorio, respecto de sus creencias si es que ocupa o no ocupa celular con internet, yo creo q el foco de atención no está en eso. Lo mismo pasa con las estructuras estatales, no creo que los indígenas dejen de ser más o menos indígenas si es que son capaces de sentarse en reuniones masivas con otros dirigentes indígenas para dialogar sobre el futuro de la política indígena, ahora eso, insisto, tiene que ser propio de una discusión con los pueblos indígenas que decidan ellos, en autonomía, los mejores mecanismos de representatividad. Ahora obviamente todo diseño institucional, va a contar con principios básicos, que los consejeros gozaran de una dieta, que los gastos que se realicen tienen que ser justificados a través de plataformas estatales, etc, etc, pero eso va a ser propio de los cuerpos profesionales que estén trabajando a través de esos órganos que le van a dar su corte estatal a una estructura que inminentemente va a tratar temas indígenas que entre comillas no son de ocupación estatal.

Lo más problemático del diseño institucional indígena son los problemas políticos que hay detrás, no la posibilidad de diseñar una entidad política indígena. Enfocar el problema institucional desde otra óptica, es decir, hay una demanda política histórica. Cómo esa demanda toma cuerpo de un órgano público, con potestades públicas, financiado públicamente y bajo las mismas leyes públicas. La mayoría de la institucionalidad indígena se ha hecho sin la participación de los pueblos indígenas y olvidando la realidad de los pueblos indígenas. La ley asume o no asume las instituciones representativas, la ley asume o no asume que los pueblos indígenas tengan que hacer ritos cada vez que van a abrir las sesiones del consejo de pueblos indígenas, etc, etc, ¿todas esas preguntas la ley las contempla? No, porque no participaron los pueblos indígenas, nosotros

tenemos que saldar ese problema político. ¿Cómo se salda ese problema político? Haciendo participar a los pueblos indígenas de la discusión de que órgano público esperan construir para que salde esa preocupación de la representatividad política. Eso es un tema y el otro tema es bueno como lo hacemos, como sesionamos, cuanta gente, y ahí entra el proceso de consulta que en sí misma es una negociación porque ellos van a querer decir son representativos 1000, y la lógica del estado chileno va a decir mira sabes que no podemos ser mil porque en el congreso son 120 diputados y somos 17 millones de personas, entonces tienen que ser máximos 70 por decir. Y ahí va a entrar un juego de técnica legislativa que tiene que ver con la ingeniería constitucional, cuánta plata, donde va a estar el edificio, cuanta gente. El problema político de verdad es como se agrupa la diversidad indígena en un cuerpo que “monopoliza” la representatividad política e los pueblos indígenas en Chile, y eso es un problema político que se resuelve de una forma: con los indígenas participando. Es decir con los indígenas que sean responsables del proceso y del producto que genere esa consulta sobre el consejo de pueblos indígenas.

10. Respecto al reconocimiento constitucional, ¿debiera hablarse de un estado plurinacional o multicultural?

Estado plurinacional. Suponemos que el derecho no es solamente algo simbólico. Principalmente sabemos que el derecho es una herramienta ideológica del estado, es decir, funciona para permitir ciertas realidades. La idea es utilizar el derecho para producir cambios sociales y desde esa óptica que tan importante sería que el estado se comprenda si como un estado plurinacional y no pluricultural. Chile es actualmente un país pluricultural existan o no existan pueblos indígenas es decir, la cultura no es una, son varias y se expresan de distintas maneras, entonces la idea no es hablar de algo pluricultural como algo folclórico, lo que hay que hablar acá es de algo plurinacional, es decir tener la conciencia de que en el estado chileno habitan a lo menos 10 pueblos porque son los 9 pueblos indígenas + el pueblo chileno. Somos 10 pueblos los que habitamos el territorio chileno, entonces el estado se dice hablar de un estado plurinacional que reconoce la expresión cultural diversa de los distintos pueblos entre otras cosas entre banderas. El estado chileno tendrá una bandera, pero los mapuches tienen otra, los *Rapa Nui* tienen otras, las Magallanes tiene otra, etc etc, y si bien no son los símbolos oficiales del estado chileno, si pueden ser los símbolos oficiales de los pueblos. Entonces cuando uno habla finalmente de plurinacional lo que está reconociendo finalmente es la existencia de distintas naciones dentro de un mismo estado. En eso yo creo que no hay problema, el problema está en los problemas políticos

detrás de eso, que lo puedes ver en la discusión sobre el convenio 169, opiniones de sectores de derecha que decían bueno es que no podemos hablar de pueblos porque el pueblo chileno es solo 1, no son más de 1, eso es inconstitucional porque el estado es indivisible, una nación y solamente la soberanía de la nación se puede expresar a través de votaciones populares y no a través de la consulta previa y bla bla bla, entonces hay problemas políticos al entender cómo se busca entender la contribución de un estado plurinacional, lo que pretendían era que el estado plurinacional no implica necesariamente separación territorial de los pueblos respecto del estado, y eso es interesante señalarlo, porque la mayoría de los debates políticos van por señalar oye si construimos un estado plurinacional vamos a tener que dar autonomía territorial a los mapuches, entonces vamos a tener que pedir pasaporte para entra al pueblo mapuche, como construir otro estado dentro de un estado. La respuesta es no, porque no necesariamente el estado plurinacional reconociendo autonomías territoriales en los pueblos indígenas va implicar separación de estados y por tanto un estado dentro de otro y esos miedos yo creo que hay que saldarlos, pero la respuesta es plurinacional y no pluricultural.



Entrevista Sr. Daniel Maribur¹

Mapuche, consultor mapuche, asesor del consejo de Lonkos de la comuna de Arauco, participante de la consulta sobre la consulta.

1.- Una de las críticas al proceso de la nueva reglamentación de consulta, fue la falta de representatividad de los pueblos originarios. Importante sectores se restaron del proceso, como los Rapa Nui, el Pacto de Autodeterminación mapuche, Aymaras y Quechuas. En este contexto, ¿usted estima que el proceso de consulta fue representativo?

Cuando uno hace una crítica así, de decir y tú nombras ahí a personas a representantes, pero cuando uno no conoce el sistema de organizaciones en Chile puedes decir que no es representativo. El presidente Piñera salió con un bajo porcentaje o por último con un 50% y el otro 50% o 49% podríamos decir que no es representativo de pueblo chileno, por lo tanto el presidente chileno, no es representativo para los chilenos. Mirado desde esa lógica, las organizaciones que dicen ahí que la gente que fue probablemente no sea representativa para su sector, pero si para el sector a quien ellos fueron convocados, quienes los eligieron. Es muy fácil decir que alguien no me representa si no está de acuerdo en mi pensamiento político a lo mejor, pero la gente que fue era representativa de la gente a la cual representa. Y de eso debo agregar algo más, el pueblo rapa nui se retiró del lugar, pero ellos siguieron negociando en la isla, porque ellos si quieren también tener su consulta.

¿Pero ellos querían tener una consulta propia?

Claro, pero es entendible a nosotros nos gustaría que los mapuches también tuvieran su propia consulta, que es muy distinta, dista mucho de los pueblos del norte, y lo que siempre decimos esta consulta no fue hecha a raíz de los reclamos del pueblo *rapa nui* o de otros pueblos, esta consulta y la ratificación del convenio 169 de parte del estado chileno fue porque los mapuches estamos presionando para que se reconozcan los derechos de los pueblos indígenas, por eso te digo que como mapuches nos gustaría tener nuestra propia consulta, porque la realidad nuestra es distinta a la de los pueblos del norte y por lo demás porque aquí, sin desconocer que en el norte las empresas mineras también han hecho mucho daño al patrimonio de los pueblos indígenas, pero

¹ Entrevista realizada por la memorista el 17 de octubre de 2013, en las dependencias del mall Plaza El Trébol de Talcahuano.

acá nosotros tenemos un asunto que ya prácticamente es caótico, entonces nos gustaría tener nuestra propia consulta, pero lamentablemente aquí, tenemos que ser solidarios con los pueblos del norte, porque ellos son numéricamente muy ínfimos, entonces no los toman en cuenta por eso es que es importante tener esta apertura y solidaridad con otros pueblos también, porque perfectamente lo podríamos haber hecho solos.

2- ¿Cómo se determinaron los representantes de los pueblos?

Yo puedo responder por la organización a la que pertenezco y fuimos elegidos de acuerdo a la discusión que hicimos del convenio 169, en realidad yo fui enviado porque la persona quien estaba nominado por el consejo de lonkos no pudo asistir entonces ahí tome ese puesto. En las otras organizaciones no sé cómo se dio la representatividad no como fueron elegidas estas organizaciones para que enviaran un representante. Y al consejo se le invitó ya que teníamos durante este año una programación de actividades con el gobierno y se habían formalizado algunos compromisos, entonces se dieron cuenta que éramos una organización gravitante a nivel regional y la única de carácter ancestral, sin estar bajo el alero de la ley indígena.

Pero, ¿Usted fue elegido por votación, o por otro mecanismo?

No, los mapuche no votamos. Los lonkos nombran a un werken para que los representen. Recuerda que somos un pueblo con una visión del mundo que es distinta a la que ustedes conocen.

4.- ¿Cuáles eran sus instituciones representativas, las tradicionales de su cultura u otras especialmente elegidas para éste proceso?

Creo que eran organizaciones que se sustentan bajo la ley indígena. Habitualmente no se arman organizaciones para ciertas ocasiones, sino son las que el estado reconoce a través de la ley.

¿Entonces se entienden con el estado a través de las instituciones que reconoce la ley y no las suyas ancestrales? si así es. En mi caso, lo que pasa es que nos tomaron en cuenta ya que teníamos negociaciones en la provincia de Arauco en temas relevantes como la restitución de tierras en todas sus modalidades, educación y salud, entonces somos una organización que sin estar en la ley llevamos adelante temas que nuestras comunidades necesitan

5.- ¿Por qué cree que hubo grupos que se restaron o no quisieron participar?

Yo pienso que hay grupos aquí en Chile, de los pueblos indígenas que son muy proclives a ciertos sectores políticos y cuando no se sienten interpretados desde esa posición dejan de lado este gran proyecto que es con los pueblos indígenas y la gente que estuvo ahí, la verdad es que yo a muchos de ellos no los conocía, pero yo siento que ellos no tenían ese carácter tan político como la gente que reclamaba estos espacios, y eso es un asunto que complica al movimiento indígena en Chile porque da la impresión de que los partidos políticos son los poseedores de la verdad, cuando en realidad los partidos políticos llevan muchísimos años aquí y nunca han hecho nada por los indígenas, o sea yo me acuerdo mi padre trabajó en esto, ahora estoy yo y probablemente mis hijos van a seguir y los partidos políticos no tienen una claridad también son ignorantes en este tema y se acuerdan de nosotros cuando hay elecciones nomás, pero instrumentalizan mucho a los dirigentes, entonces claro, les ofrecen después puestos de trabajos, entonces gana una determinada corriente política y hay puestos de trabajos disponibles para algunos mapuches, lamentablemente no son puestos que tengan mucha injerencia en el quehacer social y político de Chile, donde se tomen decisiones, sino que son prácticamente los más bajos, entonces creo que la gente que fue ahí iban primero porque eran representativos de sus organizaciones y segundo no eran representativos de una corriente política, entonces cuando hay personas que critican esto desde ese punto de vista, están perdiendo solo protagonismo, y probablemente sea el otro 49% tal como a los chilenos les ocurre.

6.- ¿Cuál cree usted que fueron las virtudes y debilidades del proceso de “consulta de la consulta”?

Las virtudes, que se discutieron a fondo la gran mayoría de los temas, de los puntos, desde las organizaciones indígenas en Chile. Debilidades es que este es un proceso no indígena, que es chileno, occidental, bajo las leyes no de los pueblos indígenas, entonces hay que interpretar muchas veces leyes que no sabemos, los indígenas no somos expertos en leyes. Pero afortunadamente y una de las virtudes que tuvimos es que primero hubo un gran consenso de todas las organizaciones representadas ahí. Pudimos hacer un documento único, una propuesta única, cosa que el gobierno no quería, lo que el gobierno quería es que cada organización llegara con una propuesta y finalmente ahí ir desglosando. Prácticamente era como dilatarlos y logramos consensuar un solo documento, creo que una de las grandes virtudes fue esa, y ponernos de acuerdo entre todos y decir, esto es lo que quieren los pueblos indígenas en Chile, no lo que quiere una organización de tal lugar, creo que esa fue una de las grandes virtudes y como te digo una de

las deficiencias que hubo es que no conocemos a fondo el tema de las leyes en Chile, tenemos un equipo jurídico que nos apoyó harto, pero muchas veces también la mirada indígena, la cosmovisión que tenemos, propia, nuestra, como por ejemplo vemos nuestro lugar de origen, donde vivimos, como afecta o nos desafectan determinadas situaciones que ocurren en el quehacer de las instituciones y de las empresas y de todo el quehacer nacional, cuando hacen inversiones sobre todo en el territorio indígena.

7.- ¿Cómo cree usted que influyó la alta complejidad de ciertos temas que se trataban en la mesa de consenso como por ejemplo el reglamento de estudio de impacto ambiental?

Es algo muy complejo, porque primero no sabemos los alcances de una reglamentación, porque es una reglamentación jurídica. No tenemos la experticia, pero como te decía hubo un equipo que nos ayudó mucho, y bueno lo positivo de esto es que ellos eran nuestros orientadores, las decisiones las tomábamos nosotros, y ahí discutíamos si nos convenía o no hacerlo, y desde el punto de vista jurídico a veces era posible o no era posible, pero las decisiones las tomábamos nosotros.

8.- Uno de los temas en los que no se logró consenso es el del concepto de la “afectación directa”, es decir, qué es lo que se entiende por “susceptible de afectación directa”. El proyecto señala, en su artículo 6² que deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas, y que se entenderán por medidas legislativas, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto *significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales*. En este contexto, el INDH señala que se limita la aplicación de la consulta en

² Artículo 6: Medidas a ser consultadas. Deberán ser consultadas las medidas administrativas y legislativas contempladas en este reglamento. Se entenderá por medidas legislativas a consultar, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, que emanen de los órganos de la administración del estado, en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública discrecional, para satisfacer una necesidad pública determinada, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán exceptuados del deber de consulta, los actos de ejecución de estas medidas.

términos que no señala el convenio³. ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos que permitan delimitar cuando existe afectación directa?

Efectivamente ahí no logramos acuerdo con el gobierno, ese punto no fue consensado y no fue consensado justamente porque el gobierno o en este caso el estado chileno, lo que piensa es desde el punto de vista individual, tiene otra filosofía de vida y los pueblos indígenas somos colectivos, tenemos una visión colectiva de las cosas. Pero es más todavía, la afectación directa pasa no solo cuando ésta en tu propia propiedad, sino que en el territorio mismo entonces al tener una medida administrativa que no sea “directamente afectadas” la comunidades, pero si el territorio, igual a nosotros nos está afectando, entonces los representantes de gobierno no entienden la filosofía de los pueblos indígenas. Creo que es una de las grandes fallas, o sea no solo los representantes de gobierno sino que también el pueblo chileno no entiende como los indígenas tenemos nuestra propia visión del mundo, de las cosas y entonces estamos ahí con una discontinuidad en el dialogo, ellos se aferraban a lo que han aprendido siempre, a entender esto de la propiedad privada y no tener la visión que esto es mucho más que eso, más que estar en un lugar X, sino que es el territorio mismo, y todas las medidas que se tomen respecto del quehacer o desarrollo de los pueblos indígenas tenemos que estar participando, entonces en eso no llegamos a acuerdo finalmente, en ese punto.

9.- El otro tema que se presentó controvertido, fueron las decisiones adoptadas por las municipalidades, que según el reglamento no van a estar sometidas a consulta. ¿Usted cree que debieran estar sometidas a consulta?, ¿Por qué?

O sea en el transcurso de toda la discusión desde el primer momento nosotros propusimos eso de que exigimos que las municipalidades deben estar sometidas a este proceso de consulta porque lamentablemente nuestra primera institución que tenemos en las comunidades indígenas es sobre las decisiones que tome determinada municipalidad, por lo tanto deben someterse, el gobierno la excusa que dio es q las municipalidades son un órgano independiente, pero es una institución del estado, desde el punto de vista de la norma jurídica a nivel de estado deben someterse, aquí no podemos estar haciendo consultas o reglamentos para cada una de las instituciones, acá no estamos negociando con la municipalidad, estamos negociando con el estado chileno, y el estado chileno, representado en ese momento por el gobierno de Chile, entonces las municipalidades

³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe misión de observación, Mesa de Consenso Indígena”, agosto de 2013.

son órganos del estado chileno, x lo tanto bajo esa lógica deben someterse, lamentablemente el gobierno no tenía ese criterio, pero esa es la verdad.

10.- ¿Cree que el nuevo reglamento de consulta, refleja un reconocimiento de la libre determinación por parte del Estado a los pueblos indígenas?

No refleja eso, y la verdad es que nosotros como organización discutimos después estos temas y la verdad es que si no se llega a acuerdo en lo que trabajamos, en los que nos mandataron nuestras respectivas organizaciones este reglamento la verdad es que no refleja el sentir de los pueblos indígenas. El gobierno hace días atrás publicó esto, lo reconoció y lo hizo válido. Pero por lo menos para la organización a la cual yo represento, no tiene validez, porque no logramos consensuar efectivamente en puntos muy importantes para nosotros y que logramos consensuar en puntos que no son relevantes para el quehacer nacional de los pueblos indígenas, pero en lo más importante no logramos consenso y este documento no es válido, no puede ser válido aunque hayamos trabajado meses ahí porque no llegamos a un consenso.

11.- La institucionalidad indígena actual ha sido impuesta desde el ordenamiento jurídico chileno, en asociaciones y comunidades, según la ley indígena 19.253. ¿Cómo podrían incorporarse y verse reflejadas las creencias y valores ancestrales, respecto de estas estructuras?, ¿qué propuesta o elementos debiera tener una institucionalidad propiamente indígena?

Bueno efectivamente hay instituciones u organizaciones indígenas q se rigen por esa ley. Afortunadamente yo represento una organización que no está regida por esa ley soy asesor del consejo de lonkos de la provincia de Arauco, y esa es una organización autónoma y ancestral que no se rige por esa ley, no es reconocida por esa ley y por lo tanto la ley quedo chica, esa ley la 19.253 quedo chica porque no reconoce a nuestras propias autoridades indígenas, sino que lo ve desde el punto de vista de la ordenanza jurídica chilena, o sea tener que elegir un presidente, secretario y tesorero y hacer actas, reuniones, y tener ministros de fe cuando se eligen las directivas y después llevar esa nómina a la CONADI. El consejo de lonkos al cual yo represento no hace eso, son autoridades encetarles que no están elegidas de esa forma, entonces esta ley, no representa finalmente los intereses también de los pueblos indígenas, ha quedado corta y por lo tanto, con el tiempo seguramente habrá que modificar la ley porque, por ejemplo en el caso de mi

organización, cualquiera podría decir que estamos fuera de la ley, la q es indígena ancestral, con sus propias autoridades indígenas ancestrales.

12. Si se hiciera una nueva institucionalidad indígena, ¿Cómo podrían reflejarse y verse incorporadas sus creencias y valores ancestrales en estas instituciones?

Bueno yo no sé cómo tendrían que verse reflejadas, pero siento yo que deberían estar en un lugar la ley debe reflejar que somos pueblos distintos que tenemos una cosmovisión distinta, que tenemos creencias distintas que no somos cristianos, aunque mucho mapuche también son cristianos, pero en si desde el punto de vista ancestral el pueblo mapuche no es un pueblos cristianos, los cristianos llegaron con los europeos entonces no podemos decir que vamos a tener que tener iglesias católicas o evangélicas, sino que nuestra propia creencia, el *vellantun* q es nuestra religiosidad, debe respetarse eso. Ose a hay muchas cosas con las que la actual institucionalidad ha quedado corta, no existe una normativa que cuando los enfermos en los hospitales para que puedan nuestras *machi* ir y entregar ayuda especial a nuestra gente, entonces la institucionalidad, en este caso ley, ha quedado muy limitada, hay q modificara.

13. Si se creara una nueva constitución ¿Estado plurinacional o multicultural?

Yo creo que debería ser un estado multicultural, porque hay otros pueblos que tienen otro tipo de cultura aquí mismo en Chile. Este estado cree que es un estado monocultural, así se le han enseñado a sus conciudadanos de ahí la ignorancia que se tiene sobre los pueblos indígenas, de ahí que hay un desconocimiento de que tenemos una religiosidad propia, nuestras propias autoridades, aunque muchos saben que hay lonkos y machi, pero no saben nada más de eso. Que tenemos un sistema médico, un sistema de solidaridad mucho más latente que tenemos una propia organización, en fin muchas cosas que los pueblos indígenas desde un el punto de vista cultural y filosófico están presentes y entonces eso debe reflejarse en una nueva constitución, debe ser así, sino vamos a seguir con lo mismo, no nos vamos a sentir parte de este pueblo q solo nos ha reprimido.

14. ¿A qué se dedica Usted?

Bueno yo tengo un oficio que muchos lo tienen pero en otras áreas, hay consultores de otras aérea. Yo hago consultorías en instituciones públicas y privadas pero en temas mapuches, yo soy mapuche, crecí en esta sociedad en esta cultura, y se códigos propios mapuches, entonces como

este estado ha sido miope no ve lo que los pueblos indígenas tenemos, la riqueza cultural, solo un dato te voy a decir, que el pueblo mapuche antes que los europeos llegaran ya sabíamos que la tierra era redonda, y eso se refleja en el *kultrun* por ejemplo había un estudio acabo del mundo y eso lo estamos volviendo a enseñar, se lo estamos enseñando no solo a los mapuches sino que también a las instituciones públicas de Chile a las instituciones privadas también, que me han solicitado colaboración para capacitar a su gente, porque para hacer un buen servicio hay que conocer a quien se le está entregando el servicio, entonces las instituciones públicas chilenas no conocen a los pueblos indígenas, no conocen particularmente a los mapuches y pasamos por las grandes ciudades como un ciudadano más, disfrazado de chileno pero con el corazón mapuche.

15. ¿Alguna palabra en mapudungun que refleje lo que significa la consulta?: Leyes propias mapuches, el *admapu*, que es lo que refleja la tierra, no legislamos lo que reflejamos nosotros, sino lo que refleja la naturaleza. *Admapu*: el reflejo de la tierra.



Entrevista Señor Julio Anativia¹

Abogado, director regional de la CONADI en la Región del Bio-Bío.

1. Una de las críticas al proceso de la nueva reglamentación de consulta, fue la falta de representatividad de los pueblos originarios. Importante sectores se restaron del proceso, como los Rapa Nui, el Pacto de Autodeterminación mapuche, Aymaras y Quechuas. En este contexto, en base a su experiencia, ¿usted estima que el proceso de consulta fue representativo?,

Yo creo que si fue representativo dentro de los parámetros posibles, hay una premisa básica que dice que a lo imposible nadie está obligado y el proceso de consulta de la nueva reglamentación durante los últimos años ha tenido dos intentos. El primero que se dio en el año 2011 donde se realizó una convocatoria general a las comunidades indígenas en Chile a participar de un proceso de consulta de 4 aspectos, cuales fueron la nueva reglamentación de consulta, una propuesta de nueva institucionalidad indígena, una propuesta de reforma constitucional que incorporara el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios y la reglamentación de la consulta del Servicio de Estudio de Impacto Ambiental (SEIA). Esa consulta que se desarrolló durante el año 2011, tuvo muchas críticas también propuestas, pero entre las críticas, una de ellas fue la falta de representatividad, no obstante que fue una convocatoria abierta. Producto de ello y de otras observaciones principalmente derivadas de la cantidad de temas que se estaban consultando, los plazos demasiado acotados, se estimó necesario modificar el sistema de consulta. En agosto del año 2012 se entregó una propuesta formal al consejo de la CONADI. El consejo de la CONADI dentro de la institucionalidad, es el organismo que mayor representatividad tiene dentro de los pueblos indígenas porque si bien es perfectible, 8 de los miembros del consejo de la CONADI son electos democráticamente a través de elecciones abiertas mediante un sistema público que se realiza cada 4 años, y por lo tanto siempre hay gente que no le va a gustar, que va a criticar y tampoco hay una propuesta seria de algún sistema de representatividad mayor y a partir de la propuesta que se hizo en el consejo de la CONADI, se amplió a todos los grupos interesados en participar y aquellos que se restaron fueron aquellos que en su oportunidad vieron la propuesta tuvieron críticas a ella y no quisieron participar. Y la buena fe que establece el convenio 169 no

¹ Entrevista realizada por la memorista el 21 de octubre de 2013, en las dependencias del Ministerio de Desarrollo Social de Concepción.

establece obligar a la gente a participar sino invitarla, entregar todas las condiciones los procedimientos adecuados, que se respeten los plazos, que hayan plazos razonables, pero insisto que la buena fe no es una obligación unilateral para el estado sino que es tanto para el estado como para los pueblos originarios, entonces desde ese punto de vista, el estado actuó de buena fe hizo una convocatoria pública, abierta, con tiempo y si alguien antes de siquiera llegar o no llegar a acuerdo se restó, me parece que no hay buena fe en este caso por una de las partes. Pero no en todo los casos es igual, no digo que no haya buena fe por parte de los pueblos originarios, ni de los grupos que no quisieron participar, algunos pueden tener legítimas razones para no querer participar, pero me parece que desde el punto de la buena fe y de los procedimientos apropiados, los principios que exige el convenio si se cumplieron y no se puede decir por tanto que hay falta de representatividad. Cosa distinta es que haya quienes no hayan querido participar.

2- ¿En ese contexto por qué hubo grupos que se restaron o no quisieron participar?

Bueno hay varias razones, principalmente en una primera instancia yo creo que hay grupos que se oponen derechamente a la existencia de una reglamentación de la consulta y señalan que ésta debiera ser autoejecutable, que no debiera existir una reglamentación, entonces la sola circunstancia de discutir una reglamentación, ya es motivo suficiente como para tener su rechazo absoluto. En otros casos podría ser una desconfianza sesgada que puede ser justificada porque anteriormente han habido procesos que tal vez no han sido los mejores, pero que no se dio la oportunidad en este momento para mostrar adecuadamente el proceso. Otros, no descarto factores políticos también, por parte de algunos grupos que pueden estar permeabilizados por otros factores que no sea necesariamente una política indígena y otros grupos por exigir de primera base ciertos planteamientos que no estaban contenidos en la propuesta original. Este proceso tuvo la característica de que actúan además organismos internacionales, en este caso la OIT como veedores del proceso, de hecho en agosto de 2012 cuando se entregó la propuesta, no fue realizada en una oficina de gobierno sino precisamente en las oficinas de la OIT en Santiago. En la gran convención de pueblos originarios que se dio dentro del consenso, tuvo participación el relator especial James Anaya, entonces hubo una supervisión del proceso por organismos internacionales, precisamente para velar porque se cumplieran los requisitos por parte del gobierno.

3- ¿Cómo se determinaron quienes eran los representantes, en general, por los pueblos? ¿Ellos lo determinaron, o había algún requisito a cumplir?

La primera pregunta se ocupó consejo de CONADI entendiendo que se trata de un organismo que ya existía, que está institucionalizado y que fue electo democráticamente. Posteriormente se hicieron talleres y charlas en los distintos territorios donde se encuentran comunidades indígenas. Yo tuve la responsabilidad en ese proceso de realizar los talleres en la región del Bio-Bío y dentro de dichas charlas y talleres donde se dio a conocer la propuesta se hizo una convocatoria a participar a todos los interesados. No todas las comunidades indígenas tienen como prioridad el tema de la consulta, hay comunidades que dentro de sus necesidades tienen otros temas, no digo que la consulta no les interesa, pero dentro de sus prioridades están otros temas y por lo tanto no se motivan a participar, pero se hizo la invitación abierta y fueron los propios grupos interesados, las propias orgánicas ya sea comunidades y asociaciones inscritas legalmente en la CONADI y otros grupos sin personalidad jurídica, pero que si existen y son parte de la expresión de los pueblos originarios que participaron de propia iniciativa, es decir, realizadas estas propuestas se juntaron, la analizaron e hicieron llegar sus observaciones, ya sean positivas, negativas, y hay varios ejemplos, tenemos en el caso de la región del Bio-Bío, el consejo de lonkos de la provincia de Arauco los grupos relacionados al área de desarrollo indígena de Ercilla, entre otros, pero son más de 10 grupos interesados los que hicieron llegar sus observaciones. Está todo en todo caso, en la página web consulaindigena.cl

4. En general, de acuerdo a lo que usted pudo observar en ese proceso, ¿Cuáles eran las instituciones representativas de los pueblos, los que ellos determinaban, sus lonkos por ejemplo? O elegían personas especialmente para el tema dentro de la misma comunidad? La representatividad yo diría que es uno de los elementos más complejos de determinar en la política indígena en todas partes del mundo, en Chile, el caso que yo conozco, el pueblo Mapuche, se caracterizaba por su horizontalidad y no por su verticalidad en las relaciones, entonces es muy difícil determinar por parte de la institucionalidad quienes son representantes. Uno aprovechando que tiene una instancia legal, que es la ley indígena que establece las comunidades y asociaciones con personalidad jurídica, considera representativo a quienes dentro de ese contexto, son los presidentes de las comunidades, pero además en el gobierno reconoce otro tipo de representaciones que está dado por las autoridades tradicionales, ya sean lonkos, werkenes u otras figuras y a través de otro tipo de grupos que no responden a la lógica tradicional, pero que si han adoptado en el contexto actual, ciertos pueblos originarios. En la región del Bio-Bío tenemos por ejemplo, el “grupo la Identidad Lafkenche” que no es una instancia que responda a una lógica

tradicional, pero que si existe hace ya casi una década y representa en ella a gran parte de comunidades mapuche de la zona costera.

5- ¿Cuál cree usted que fueron las virtudes del proceso de “consulta de la consulta”?

Bueno yo creo q la primera virtud fue que el proceso fue consecuencia de una observación que hicieron los propios pueblos originarios que fue la superación del primer proceso, arreglar muchas cosas que no estaban caminando de buena manera y comenzar un proceso nuevo que tratara de ser más acorde a estas observaciones que se hicieron, ahí yo creo algo que destacar en el origen del proceso. Lo segundo, que fue un proceso flexible, o sea todos los requerimientos que se hicieron que fueron modificándose en el tiempo, en un principio empezó con talleres, posteriormente de esos talleres se tomó la información que eso debería acotarse a una comisión de consenso, que fuera concretando artículo por artículo toda aquello que era necesario acordar. Que se realizó con tiempo, destaco además el hecho de que la comunidad participante y los grupos participantes tuvieran la posibilidad de contar con asesoría externa, financiada por el estado, pero que no fueran funcionarios públicos, sino que fueran en este caso asesores directos y de confianza de los pueblos originarios que tuvieron posibilidad de participar en el proceso. También, de que se extendió por las jornadas necesarias para tratar cada uno de los artículos de estos reglamentos y por supuesto, el resultado que es que en la gran mayoría del articulado del reglamento hubo consenso, de hecho creo que hubo solo 3 artículos sobre los que no se llegó a acuerdo.

6. ¿Cuáles son las debilidades que podría identificar?

Diría que fue un proceso donde se hizo lo humanamente posible, por supuesto pudieron haber más recursos involucrados lo que habría permitido una logística mejor. Pudo haberse realizado alguna gestión adicional para aquellos artículos respecto de los cuales no hubo consenso.

7. ¿Cómo influyó la alta complejidad de ciertos temas que se trataban en la mesa de consenso como por ejemplo el reglamento de estudio de impacto ambiental?, ¿cómo afectó eso el diálogo con los indígenas?

Bueno afectó bastante porque efectivamente fueron los proyectos de inversión que traen consecuencias medioambientales, una de las principales preocupaciones de las comunidades y ahora que lo mencionas también haya sido una observación mucho más importantes que las dos

que mencioné, el hecho de que por los tiempos que cada institución tiene, en este caso el Servicio de Estudio de Impacto Ambiental, que necesitaba tener en un periodo más rápido el reglamento de consulta, ahí avanzaron por una cuerda separada y culminaron con el proceso anteriormente. También habría sido ideal haber tenido procesos en las dos reglamentaciones que fueran en paralelo, habría sido, más óptimo porque efectivamente desde el punto de vista de la confianza y de los intereses de las comunidades, es algo demasiado importante como para no considerarlo y tal vez, eso diría yo fue algo, siendo crítico, mucho más importante en las debilidades que tuvo el proceso que en las dos que mencioné con anterioridad.

8. ¿En qué consistía la asistencia técnica a las comunidades?

Consistía en que las comunidades solicitaban la contratación de ciertos asesores y el gobierno accedía a cancelar remuneraciones a dichos asesores, en este caso a honorarios, y permitiendo su participación dentro de todo el proceso en calidad de asesores. Por supuesto que las principales partes de la conversación eran las organizaciones indígenas y estos asesores fueron elegidos por las propias organizaciones, no hubo un proceso de licitación por ejemplo.

9. Uno de los temas en los que no se logró consenso es el del concepto de la “afectación directa”, es decir, qué es lo que se entiende por “susceptible de afectación directa”. El proyecto señala, que deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas, y que se entenderán por medidas legislativas, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. En este contexto, el INDH señala que se limita la aplicación de la consulta en términos que no señala el convenio. ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos que permitan avanzar para delimitar cuando existe afectación directa, que usted haya visto, por ejemplo en la práctica?

Lo que pasa es que el tema es que existen muchos actos administrativos que normalmente se requieren para la celeridad de las actuaciones del estado y que cuya afectación podría estimarse como que inciden respecto a los pueblos originarios, pero que su vez una interpretación demasiado extensiva terminaría a la larga burocratizando todo el sistema institucional con los pueblos originarios, yo estoy hablando de por ejemplo un decreto de nombramiento del director de la CONADI, que son cargos de exclusiva confianza, que son actos administrativos que con una

interpretación extensiva, por supuesto que afectaría a los pueblos originarios, pero no puede consultarse cada vez que se quiera nombrar un director, por ejemplo. Ahora no siendo tan restrictivo, podría haber otras circunstancias que sean debatibles. Pero yo creo que la salida a ese problema está contenido en otra disposición dentro del mismo reglamento, que es aquellos casos de controversia respecto a si existe o no afectación directa, porque la actual reglamentación vigente, el decreto 124, no contempla una salida para aquellos casos, simplemente establece si hay o no afectación, pero si los pueblos originarios creen que hay afectación y el estado no lo cree, no hay una salida al respecto y en cambio en este caso si lo hay porque se establece la posibilidad de hacer llegar una solicitud, plazos de tramitación, y por lo menos, no obstante el desacuerdo que hay ahí, existe un procedimiento que permite ir viendo que ocurre en la práctica.

10. El otro tema que se presentó controvertido, fueron las decisiones adoptadas por las municipalidades, que según el reglamento no van a estar sometidas a consulta. ¿Usted cree que debieran estar sometidas a consulta o no? Lo que pasa es que hay un problema técnico que escapaba un poco a la voluntad del gobierno, que es que las municipalidades tienen un sistema de autonomía que están reguladas por la ley orgánica constitucional y que desde ese punto de vista una reglamentación por decreto por parte del Ministerio de Desarrollo Social no le afectaría, por lo tanto se requeriría una reforma legal dentro de la ley orgánica constitucional de municipalidades, para que ellas se encontraran sometidas porque eventualmente podría establecerse una obligación para ellas, pero existe una alta posibilidad de que en la práctica no sea cumplido y no sea también, posible exigir mediante un recurso judicial, entonces, considero que es importante que las municipalidades estén sometidas al sistema, pero el camino para ellas no es el del reglamento sino una modificación a la ley de municipalidades.

11. El relator especial de la ONU, James Anaya, señala en el informe sobre el proceso de consulta de la consulta, que en ciertos casos, existen situaciones en que el consentimiento de los pueblos indígenas es una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta, más allá de ser un objetivo de la consulta. Por lo tanto, si no se logra acuerdo o consentimiento, corresponde al estado proceder a tomar una decisión sobre la medida consultada. ¿Qué opina del estándar de consentimiento? El mismo convenio establece aquellos casos en que no es posible ejecutar una medida sin el consentimiento de los pueblos originarios, principalmente y lo dice el convenio expresamente, en los casos de reasentamiento, por ejemplo, en el caso que sea necesario reasentar a una comunidad indígena, no se puede realizar si es que no existe el consentimiento. El

mismo convenio establece excepciones, y señala q en el caso que de todas maneras se tenga que realizar, procede una indemnización, dice el convenio, porque uno entiende que puede haber factores de carácter naturales, desastres naturales y circunstancias de ese orden que implican hacer excepciones. Desde ese punto de vista creo yo que está claro cuáles son los casos en que el mismo convenio dice en que se puede o no se puede actuar con el consentimiento de los pueblos originarios. Ahora, yo no sería tan tajante en decir que el consentimiento no obliga al estado, yo creo que si lo obliga, pero no estableciendo un veto, sino que necesariamente obligando al estado a reformular su medida o bien a justificarlas argumentativamente y en base a las observaciones que hicieron los pueblos originarios y de buena fe, por supuesto. Desde ese punto de vista creo que si el relator, que yo no he visto ese comentario, pero me da la impresión que si hace un comentario se debe referir a los casos que establece expresamente el convenio.

12. ¿El rol de la CONADI bajo el nuevo reglamento, cuál sería? Porque en este contexto el reglamento señala que la consulta se realizará de oficio por el organismo responsable de la adopción de medidas sujeta a consulta, habilitándose a dicho organismo a solicitar un informe de pertinencia a la subsecretaría del Ministerio del Desarrollo Social. ¿Por qué se le faculta a dicha subsecretaría y no a CONADI?

Me parece que dentro de la actual institucionalidad indígena tiene sentido, porque la CONADI, al tener el rango de servicio público no de ministerio, tiene una labor no de planificación de la política pública sino que de ejecución, en este actual marco institucional. Por eso el gobierno el 2011 trató de proponer una nueva institucionalidad indígena, que creara una instancia distinta que fuera la que planificara la política indígena. Y la CONADI es dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, en Chile es el ministro o ministra de desarrollo social quien tiene la responsabilidad de planificar y crear la política relativa a los pueblos originarios que la CONADI ejecuta. Yo entiendo que esa responsabilidad está establecida dentro de ese criterio, me parece bien que desde ese punto de vista sea la subsecretaría la que decida y la CONADI la que ejecuta, la que realiza una labor técnica, dentro de este contexto. Sería ideal en el futuro avanzar hacia un ministerio u otra instancia más especializada, y además creo que es bueno que cada institución del estado se haga responsable de las consultas, los temas de su especialidad que se pretendan ejecutar y que la CONADI realice una labor de acompañamiento técnico del proceso de pertenencia intercultural, porque si se va a hacer una consulta relativa a un camino, lógico que es el ministerio de obras públicas, de vialidad, el organismo más pertinente, porque se debatirán una

serie de aspectos técnicos que no son necesariamente de especialidad de la CONADI, entonces lo mismo pasa con vivienda, con cualquier tema en realidad que se quiera consultar. Dejar a CONADI en una asesoría sobre los requisitos del convenio me parece lo más óptimo en realidad, normalmente se confunde mucho cual es el rol de la CONADI, pero existen cosas que en realidad no están dentro de las posibilidades de la orgánica de la institución y me parece que esto viene a ordenar un poco más el tema, yo lo encuentro bueno.



Entrevista Señor Marcial Colín¹

Mapuche, Licenciado en Educación por la Universidad Católica de Chile, actualmente profesor en la Universidad Bolivariana en la carrera de Pedagogía Intercultural Bilingüe, Consejero de la CONADI, presidente de la Comisión de consulta de la CONADI.

1.- Una de las críticas al proceso de la nueva reglamentación de consulta, fue la falta de representatividad de los pueblos originarios. Importante sectores se restaron del proceso, como los Rapa Nui, el Pacto de Autodeterminación mapuche, Aymaras y Quechuas. En este contexto, ¿usted estima que el proceso de consulta fue representativo?

Primero habría que aclarar quienes son representativos de los pueblos indígenas. O cuáles serían los criterios para determinar la representatividad. Al parecer muchos creen que por hacer una crítica – cualquiera sea ésta – y por salir en algún medio de comunicación son representativos. En realidad hay ahí un concepto equivocado de representatividad de todos los sectores, incluidos algunos dirigentes que fueron críticos. Esto es fácil de determinar. Los pueblos indígenas no tenemos organizaciones institucionalizadas a nivel de pueblos. Nos organizamos territorialmente y con objetivos concretos que no necesariamente son compartidos por todos. En ese mismo sentido hacemos alianzas quienes compartimos objetivos comunes y, en estricto rigor, se representa al territorio, a una forma de pensamiento, a comunidades, etc, etc.

Ud. menciona a los Rapa Nui, Aymaras y Quechuas, además del PACMA (mapuches). Le aclaro.

Los Rapa Nui, no se restan del proceso de consulta, sino que ellos plantearon que por su lejanía y particularidades, decidieron trabajar solos. No obstante lo anterior, entregaron su propuesta de consulta indígena la que dieron a conocer en el Encuentro de Pueblos Indígenas realizado en Santiago los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre. Posteriormente el Gobierno le hace entrega de un primer pre-informe de respuesta.²

Los Aymaras y quechuas, también presentaron sus propuestas. Los Quechuas incluso tuvieron asesoría particular e incorporaron a su abogado (Alonso Barros)³ a la Mesa de Consenso. Por lo tanto fueron parte de la redacción de los acuerdos. También fueron parte de la presentación que

¹ Realizada por la memorista el 28 de octubre de 2013, a través de correo electrónico, por la imposibilidad física de reunirse en forma personal, y por ser el medio que más le acomodaba al entrevistado.

² http://www.consultaindigena.cl/articulo050613_1.html

³ http://www.consultaindigena.cl/articulo240513_1.html

hicimos a Contraloría para que no “tome razón” de los artículos relacionados con “consulta indígena” y que aparecen en el Reglamento 40 del SEIA. Sin embargo, por razones que no tienen ninguna relación con el contenido ni con el proceso, se retiraron. Yo no sé si es productivo referirse a ese tema, pero la verdad es otra, es muy distante de las declaraciones públicas. Hay temas que se distorsionan. Ni siquiera se retiraron por un tema político, sino por temas económicos.

Distinto es el caso de PACMA. El Sr. Huilcaman propone otras formas de relacionarse con el Estado. Ahí tenemos una diferencia política que es absolutamente válida y legítima. El hermano Huilcaman propone la creación del Autogobierno como forma de ejercer el derecho a la libre determinación. En lo personal creo que para llegar al Autogobierno se requieren procesos intermedios, como por ejemplo ejercer el derecho a la consulta. Para mí es el primer paso en el “aprender a tomar decisiones colectivas”. En estos momentos, en que cada individuo reúne a un grupo de personas, no importando ni los objetivos ni nada, y critica lo que hacen organizaciones que llevan años trabajando, me parece que es el más claro diagnóstico de la situación colonial en la que nos encontramos como pueblos indígenas.

Frente a lo anterior, evidentemente fue representativo no sólo por los territorios y pueblos representados, sino por el contenido y la forma en que se defendieron derechos en una instancia inédita en el país. Y no sólo por eso, sino porque a los dirigentes participantes, en su gran mayoría fueron elegidos y mandatados por más de una organización.

Aquí se produce una paradoja. Los dirigentes “invitados” por el Gobierno, se “retiraron” de la Mesa. Creo que entiende cuando le hablo de las “razones económicas” por las cuales se retiraron.

2.- ¿Cómo se determinaron los representantes de los pueblos?

El proceso se inicia en el momento en que por consenso de los consejeros indígenas electos de CONADI, me eligen presidente de la Comisión de Consulta del Consejo de CONADI. Ese fue el primer ejercicio de discusión con el Gobierno. Ahí fuimos críticos de todos los procesos que se habían iniciado con anterioridad, incluidos los del Gobierno anterior, ya que, desde ningún punto de vista esos procesos tenían algo que ver con “lo que es la consulta”.

En ese sentido planteamos al Gobierno el tema de la realización de una “Consulta de la consulta”, es decir, debíamos crear un mecanismo que nos permitiera realizar todas las consultas que se van

a desarrollar en el país, toda vez que se “prevea una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar a nuestros pueblos indígenas”. Sumado a ello la demanda permanente de derogación del Decreto 124.

Así iniciamos dos procesos en paralelo: 1.- Discusión interna como Comisión de Consulta y Gobierno de cómo haríamos el ejercicio de la consulta y sobre que bases se realizaría la consulta.

2.- Despliegue territorial, en que cada consejero trabaja en su territorio e informa a las comunidades sobre el proceso que se está gestando. El Gobierno financió nuestros encuentros sin tener parte en las reuniones. Sólo enviaba a un funcionario de CONADI quien pagaba los pasajes a los participantes. El pago de arriendo de espacios y colaciones, la CONADI los pagaba directamente al proveedor. (al menos esa fue mi forma de trabajo en Santiago y en Regiones).

Una vez realizado el despliegue que se supone hicimos todos los consejeros de CONADI, convocamos a conformar una Mesa Ampliada de pueblos indígenas, dado que – pienso, sostengo y afirmo – el Consejo de CONADI no es representativo de los pueblos indígenas. Es por eso que el proceso debía ser asumido por los pueblos y sus organizaciones.

Es así que, (al menos en lo personal) realizamos encuentros comunales (se eligieron representantes) y encuentros regionales (participaron los delegados comunales). En el caso personal, en el encuentro regional de Temuco se eligieron a quienes participarían en el Encuentro Nacional que realizamos en Santiago los días 30 de NOv. 1 y 2 de diciembre del año 2012.

Lo mismo realizamos en Punta Arenas con los hermanos Yaganes, Kawesqar y mapuche migrantes que están organizados en esa zona del país.

En este Encuentro nacional al menos se presentaron siete propuestas de los pueblos indígenas. Me interesa mencionar que el proceso de difusión se inició masivamente el día en que el Ministro Lavín nos entregó el “borrador de la propuesta del Gobierno” en la sede de la OIT, en Santiago. Eso fue en el mes de agosto del año pasado.

Es por eso que llegaron varias propuestas o comentarios a la propuesta del Gobierno.

En este Encuentro hubo una división de los dirigentes, sobre todo porque muchos manifestaron que “ no sabían a que habían sido convocados”. Eso es extraño porque quienes hicimos la convocatoria inicial fuimos todos los Consejeros de Conadi. El punto es que los dirigentes

mintieron por razones políticas o los Consejeros no hicieron su trabajo de informar. No hay excusas para ello porque el Gobierno financió ese despliegue territorial.

En ese Encuentro algunos dirigentes conformamos la Coordinación Nacional de Consulta Indígena, integrada por siete pueblos. Con esta Coordinación Nacional decidimos consensuar una sola propuesta entre pueblos indígenas, lo que logramos en el mes de enero del presente año. Ahí la entregamos al Gobierno y solicitamos se instalara una Mesa de Consenso en donde se pudiera arribar a un reglamento único.

Posteriormente se volvió a convocar a quienes no son parte de la Coordinación Nacional y se incorporan los Rapa Nui, los Quechuas y los aymara de Arica. Sobre como ellos eligieron a sus representantes, eso no lo sé. Solamente que el día que se da inicio a la Mesa estábamos todos los pueblos presentes.

3.- ¿Cuáles eran sus instituciones representativas, las tradicionales de su cultura u otras especialmente elegidas para éste proceso?

Ambas. En algunos territorios funcionan las autoridades y en ese caso eligieron a sus representantes a la Mesa de Consenso, bajo esa lógica. En otros territorios se eligieron de acuerdo a las formas de organización que hoy tienen. No se crearon comunidades sino que ellos mismos bajo criterios territoriales eligieron a sus voceros ya sea por votación o por consenso de la asamblea de dirigentes.

4.- ¿Por qué cree que hubo grupos que se restaron o no quisieron participar?

Algunas razones, ya las he planteado anteriormente. Pero creo que el problema es más de fondo. Hay un desconocimiento del Convenio 169, de sus alcances, de su naturaleza. No se sabe lo que es la consulta. Hay confusión.

Por otro lado, no hay “costumbre”, al menos en los últimos decenios, de dialogar en derecho. Sólo hay demanda, reivindicación, hay eslogan, hay panfletos. El sentarse en una Mesa a defender derechos no es lo mismo que hacer una declaración pública. Aquí se debe trabajar y estar concientes que se está en una instancia que definitivamente es política. Eso es riesgoso para muchos, por eso dilatan o buscan formas de culpar siempre al otro. Hay poca autocrítica indígena. No se entiende que los derechos ya fueron reconocidos y que ahora es momento de dar un salto al ejercicio de ellos. Mientras no se tenga cabal conciencia de esto, el diálogo es sólo una consigna.

Por último, también hay un hecho concreto. La natural desconfianza en el diálogo con los gobiernos. Siempre que se anuncia algo estos quedan en nada. Tenemos el caso de “la verdad histórica y nuevo trato” cuyas conclusiones y recomendaciones no dejan de ser ilustrativos sólo como material académico, si es que alguien se acuerda. Pero nada más.

5.- ¿Cuál cree usted que fueron las virtudes y debilidades del proceso de “consulta de la consulta”?

Veo muchas cuestiones positivas. Primero, el proceso nos permitió volver a vincularnos como pueblos indígenas. Recuerde ud. que como pueblos no nos sentábamos a conversar, a dialogar desde la época de la ley indígena (1991 – 1993), por lo que al crear la Coordinación Nacional de Consulta Indígena estamos ante una mirada distinta de hacer política como indígenas a nivel nacional.

Las debilidades tienen relación con los niveles de conocimiento de lo que es la consulta y del manejo de información de distintos instrumentos jurídicos. Creo que el movimiento indígena nacional creo una brecha al no estudiar el Convenio. Me dí cuenta que las organizaciones al exigir la ratificación del Convenio 169 no estaban midiendo o analizando el alcance del instrumento.

Esto es notorio cuando se decreta el 124 los mismos que critican este proceso fueron marginales en su crítica. Prácticamente se quedaron en silencio. No dijeron nada. Eso habla mal de ellos, ya que en esta oportunidad en que logramos se abrieran las puertas del gobierno a un debate alturado, sencillamente no estuvieron.

6.- ¿Cómo cree usted que influyó la alta complejidad de ciertos temas que se trataban en la mesa de consenso como por ejemplo el reglamento de estudio de impacto ambiental?

Usamos varias estrategias. Previo a la Mesa conjunta, los dirigentes nos reuníamos al menos durante una larga y dura jornada solamente con nuestros asesores jurídicos. Ahí pedíamos ilustración y explicaciones sobre los temas más complejos. Tuvimos asesores muy conocedores del tema. Cristián Sanhueza⁴ fue uno de ellos.

Estas asesorías también eran relevantes durante los debates en la Mesa.

⁴ Uno de los autores del Libro “No nos Escuchan” editado por la Universidad Diego Portales.

Posteriormente creamos internamente una comisión que adelantaba el trabajo y luego exponía ante nuestra plenaria como indígenas.

Destaco que la decisión siempre fue de nuestros dirigentes. Los asesores no estuvieron nunca mandatados para “negociar” con el Gobierno. Eso también influyó en los quechuas, ya que al parecer su asesor “mandaba” más que ellos.

7.- Uno de los temas en los que no se logró consenso es el del concepto de la “afectación directa”, es decir, qué es lo que se entiende por “susceptible de afectación directa”. El proyecto señala, en su artículo 6⁵ que deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas, y que se entenderán por medidas legislativas, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto *significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales*. En este contexto, el INDH señala que se limita la aplicación de la consulta en términos que no señala el convenio⁶. ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos que permitan delimitar cuando existe afectación directa?

Quisiera aclarar que aún no existe un texto definitivo sobre esos artículos no consensuados. Como Coordinación Nacional de Consulta Indígena, hemos continuado dialogando y buscando formas de entendimiento, a pesar de que la Mesa de Consenso ya terminó sus funciones.

Obviamente que no compartimos lo planteado por ellos hasta ahora. El gobierno se comprometió a tener una última redacción, en estos tres artículos no consensuados.

⁵ Artículo 6: Medidas a ser consultadas. Deberán ser consultadas las medidas administrativas y legislativas contempladas en este reglamento. Se entenderá por medidas legislativas a consultar, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, que emanen de los órganos de la administración del estado, en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública discrecional, para satisfacer una necesidad pública determinada, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán exceptuados del deber de consulta, los actos de ejecución de estas medidas.

⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe misión de observación, Mesa de Consenso Indígena”, agosto de 2013.

Dependiendo de lo anterior, enviaremos un requerimiento a la OIT para que se pronuncie sobre los artículos. Esto se hará a través del Sindicato N° 1 de Panificadores de Santiago. Está compuesto en su gran mayoría por hermanos mapuche.

Ahora, con respecto a los criterios objetivos que ud. pregunta, eso lo argumentamos a partir de los elementos culturales propios y particulares de cada pueblo. Planteamos también el respeto a la relación de nuestras comunidades con el territorio, la propiedad y posesión de las tierras.

Hay que profundizar más. En términos de reforma educativa, por ejemplo, se deben considerar los avances en distintas materias que la comunidad internacional ha realizado. Existen derechos lingüísticos, se deben respetar los sistemas y formas de educación y así incorporarlos como base para realizar una consulta. La afectación directa se debe relacionar con la pertinencia de la consulta y las medidas a ser consultadas.

8.- El otro tema que se presentó controvertido, fueron las decisiones adoptadas por las municipalidades, que según el reglamento no van a estar sometidas a consulta. ¿Usted cree que debieran estar sometidas a consulta?, ¿Por qué?

Nuestra propuesta inicial como Coordinación Nacional de Consulta incorpora a los municipios en su propuesta. Evidentemente no pueden estar excluidas de la obligación de consultar. Entiendo que el Convenio debe aplicarse a todos los órganos de la administración del Estado, sobre todo cuando éstos están instalados en territorios indígenas. El municipio, es el Estado chico, hay varias medidas que afectan a nuestras comunidades y no se pueden realizar sin el proceso de consulta, sobre todo sabiendo que la participación ciudadana que tienen, no es consulta indígena. Además según el art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, el Estado no puede imponer como obstáculo para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales su derecho doméstico.

9.- ¿Cree que el nuevo reglamento de consulta, refleja un reconocimiento de la libre determinación por parte del Estado a los pueblos indígenas? ¿Si su respuesta es no, cómo debiera consagrarse o cuáles debieran ser sus elementos básicos?

Es complicado. La libre determinación debe entenderse a la luz de la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que significa que ningún reglamento puede ser un instrumento que reconozca la libre determinación de los pueblos. El contenido político de la

libre determinación implica otros pasos, entre otros el reconocimiento del estatus de pueblos en la Constitución Política. En ese sentido, comparto lo que plantea el relator de la ONU, James Anaya cuando plantea que “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluido el derecho de libre determinación, son derechos humanos que les corresponden a ellos y a sus miembros de acuerdo con sus propios vínculos de comunidad”.

En otras palabras, a partir del reconocimiento al estatus, se deben promover otros tipos de relación en la que una de las salidas o formas de ejercer el derecho pueden ser los autogobiernos indígenas. La última palabra la tenemos colectivamente los mismos pueblos indígenas. Eso es lo complicado porque en este punto no es suficiente tener el derecho sino que se deben tener capacidades para ejercer la libre determinación y si nuestros pueblos carecen de capacidades políticas para tomar decisiones, entonces es más difícil decir yo defino mi futuro. Por eso la consulta es el primer paso.

En fin, creo que de parte del Gobierno no es un reconocimiento al derecho a la libre determinación.

10.- La institucionalidad indígena actual ha sido impuesta desde el ordenamiento jurídico chileno, en asociaciones y comunidades, según la ley indígena 19.253. ¿Cómo podrían incorporarse y verse reflejadas las creencias y valores ancestrales, respecto de estas estructuras?, ¿qué propuesta o elementos debiera tener una institucionalidad propiamente indígena?

Los pueblos somos dinámicos. Una “comunidad con personalidad jurídica” puede ser más tradicional y defensora de derechos y territorio que una “comunidad tradicional”. En algunos territorios la base cultural la determinan las comunidades organizadas legalmente, ya que la “estructura tradicional” se reúne solamente para las ceremonias religiosas. En algunos casos éstas se dan cada cuatro años. Imagínese ud. reunirse cada cuatro años, eso sería acelerar nuestra destrucción. Creo que las comunidades mapuche se adecuaron a una figura que podría mañana ser otra, da lo mismo. Lo importantes es que cualquiera sea esta estructura asuma roles resolutivos y tome decisiones consensuadas con quienes dan vida a la cultura, no con quienes eligen otra forma de organización, como por ejemplo las juntas de vecinos rurales.

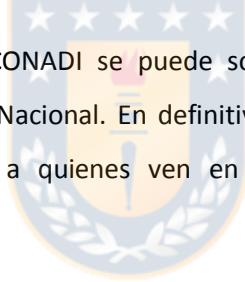
Ahora en el sentido de una institucionalidad indígena propia, la veo más bien direccionada a la toma de decisiones políticas. La cultura en lo interno tiene otras dinámicas, se auto regula.

11.- El reglamento de consulta, señala que la consulta se realizará de oficio por el organismo responsable de la adopción de la medida sujeta a consulta, habilitándose a dicho organismo a solicitar un informe de pertinencia a la subsecretaría del Ministerio de Desarrollo Social. ¿Por qué se faculta a esta subsecretaría y no a CONADI? ¿Cuál es el rol de CONADI bajo el nuevo reglamento de consulta indígena?.

Nos complica la institucionalidad actual. La CONADI está sobrepasada en muchos aspectos. Consideramos que por el momento, bajo esta institucionalidad (podría cambiar), la CONADI debe estar más al servicio de las comunidades indígenas. La subsecretaría del Ministerio es más bien una formalidad que permite trabajar con la oficina de asuntos indígenas. Podría estar en otro ministerio, inclusive.

Para nosotros lo importante es la asesoría que el Estado debe garantizar a las comunidades y pueblos indígenas, cuando estos lo soliciten en los procesos de consulta. Estas asesorías serán elegidas de acuerdo a los intereses de los pueblos indígenas y no de la institucionalidad.

Por último, desde el CONSEJO DE CONADI se puede solicitar una consulta (aparte de otras instancias) a través de un Consejero Nacional. En definitiva el reglamento se pone en todas las situaciones imaginables. Incluyendo a quienes ven en el Consejo una buena instancia de participación.



Entrevista Señora Laura Seelau¹

Licenciada en Derecho por la Universidad de Arizona, y Master en Estudios Latinoamericanos, por la misma Universidad, coordinadora del “Proyecto Para Libre Determinación Indígena”.

1.- Una de las críticas al proceso de la nueva reglamentación de consulta, fue la falta de representatividad de los pueblos originarios. Importantes sectores se restaron del proceso, como los Rapa Nui, el Pacto de Autodeterminación mapuche, Aymaras y Quechuas. En este contexto, ¿usted estima que el proceso de consulta fue representativo?

Bueno en primer lugar yo creo que la pregunta de la representatividad del proceso es una pregunta que tienen que responder los pueblos indígenas mismos, si existen comunidades que no se sintieron representados, entonces yo diría que no fue representativo. La cuestión de las instituciones indígenas, si son representativas de los pueblos indígenas, de las personas indígenas y de las comunidades indígenas, desde mi perspectiva y basado en los dos años y medios que pasamos en Chile estudiando estos temas, en mi opinión que esta pregunta sobre la representatividad e instituciones indígenas, es la pregunta y el desafío fundamental para la aplicación del convenio 169, y la autodeterminación.

Sin tener la definición clara de cuáles son las instituciones que representan no solamente a las comunidades sino que al pueblo y a los pueblos, es muy difícil decir que un proceso de consulta es representativo. Entonces, yo diría que este concepto de la “consulta de la consulta” probablemente no fue representativo, porque no existen hoy en Chile, desde mi perspectiva, claras instituciones representativas. Y sin tener una clara definición de estas instituciones, va a ser muy difícil llevar a cabo cualquier proceso de consulta.

2.- ¿Por qué cree que hubo grupos que se restaron o no quisieron participar?

En parte creo que era porque cuando se anunció el proceso de consulta en el año 2010 o 2011 la consulta sobre la institucionalidad indígena, no me acuerdo cual era la fecha exacta, pero en ese

¹Entrevista realizada por la memorista el 23 de octubre de 2013, mediante Skype debido a la imposibilidad física para reunirse en forma personal, ya que la Sra. Seelau vive en Estados Unidos.

momento, cuando el gobierno anuncio el proceso, el gobierno ya tenía su propuesta bien desarrollada prácticamente y también tenía ya desarrollado el procedimiento, entonces cuando fue anunciado yo creo que había un sentimiento entre las organizaciones indígenas que el gobierno ya había tomado las decisión y que estaban buscando meramente un sello de “sí” por parte de los pueblos indígenas, pero sin tener realmente la oportunidad de influir en proceso del desarrollo de estas propuestas. Y también basado en mis conversaciones con dirigentes en otros contactos, creo que también hay un sentimiento de que si el procedimiento no cumple con el convenio 169, pero los pueblos indígenas si participan en ellos, el gobierno podría utilizar esa participación en contra de los pueblos indígenas, entonces para preservar los derechos de reclamar contra el proceso, había un sentimiento de que fue necesario no participar en el proceso. Pero también cuando estaba pensando en esta pregunta que tú me enviaste, estaba pensando en la necesidad de la buena fe por ambas partes de la consulta, la consulta solamente funciona si hay buena fe y si hay voluntad por ambos lados de sentarse a la mesa y conversar y diciendo eso no quiero decir que fue una mala decisión no participar en el proceso de consulta o que deberían haber estado presente todas las organizaciones, pero simplemente quiero destacar la necesidad de que cuando hay una apertura para consultar o para dialogar con el gobierno sobre un proceso tan importante como el reglamento de la consulta la buena fe es un requisito para ambas partes. Entonces, primero que el gobierno ya tenía muchas decisiones tomadas antes de iniciar la consulta y el miedo de que la participación pudiera ser un obstáculo para luego reclamar. Y también para elevar el dialogo, para llamar la atención a los problemas del proceso de consulta. Las organizaciones que decidieron no participar en el proceso de la consulta, y los dirigentes que hicieron pronunciamiento público sobre las deficiencias del procedimientos de consulta, éstas acciones fueron metros para abrir un dialogo entre los pueblos indígenas sobre cual es el derecho a la consulta y cuáles eran las deficiencias en el procedimiento anunciado por el gobierno, entonces si no había una protesta en contra del procedimiento de la consulta, ese dialogo no habría pasado.

3.- ¿Cuál cree usted que fueron las virtudes y debilidades del proceso de “consulta de la consulta”?

El primer lugar creo que es muy importante reconocer, que al menos, el estado abrió la puerta a la consulta, al menos reconocieron que era necesario desarrollar un procedimiento más fuerte y sistematizado con el respaldo de la ley, de tener un procedimiento de consulta que se aplica en el

país, entonces eso fue yo creo, un logro, que dentro de unos años de unos años después de la ratificación del convenio 169 hubo una discusión profunda y larga también sobre lo que significa la consulta y como se debe implementar este derecho en Chile.

Algunas de las dificultades y debilidades, bueno fue la falta de representatividad de los participantes y también creo que había una falta de oportunidad de los pueblos indígenas para realmente influir en el producto final, porque mucho fue ya definido por el estado antes de que anunciar la consulta, y si hago una comparación entre las propuestas iniciales del gobierno y lo que resultó al final, son varias cosas que son muy parecidas y algunas de las cuestiones más importantes para los pueblos indígenas yo creo que no fueron cambiadas en la última propuesta.

4.- ¿Cómo cree usted que influyó la alta complejidad de ciertos temas que se trataban en la mesa de consenso como por ejemplo el reglamento de estudio de impacto ambiental?

Bueno no he estudiado mucho los trabajos de la mesa de consenso, lo conozco, pero no he hablado con las personas que participaron en ello. Pero cuando fue anunciado, esta consulta, fueron varios temas muy profundos incluidos, como la consulta en general, la consulta dentro del SEA, la creación de un consejo nacional de pueblos indígenas y todos estos temas mediante sus propios procedimientos de consulta, entonces para poner todos en la mesa, en un solo proceso de consulta, yo creo que hizo más complejo la posibilidad de tener un diálogo claro sobre las distintas asuntos presentados, entonces cuando hay tantos temas sobre la mesa es muy difícil enfocar la conversación en lo esencial, que fue la necesidad de tener algún procedimiento de consulta.

5.- Uno de los temas en los que no se logró consenso es el del concepto de la “afectación directa”, es decir, qué es lo que se entiende por “susceptible de afectación directa”. El proyecto señala, en su artículo 6² que deberán ser consultadas las medidas legislativas y administrativas,

² Artículo 6: Medidas a ser consultadas. Deberán ser consultadas las medidas administrativas y legislativas contempladas en este reglamento. Se entenderá por medidas legislativas a consultar, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, que emanen de los órganos de la administración del estado, en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública discrecional, para satisfacer una necesidad pública determinada, siempre que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus costumbres y tradiciones ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación de éstas con sus tierras indígenas. Se entenderán exceptuados del deber de consulta, los actos de ejecución de estas medidas.

y que se entenderán por medidas legislativas, los proyectos de ley que tengan un impacto significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales. Se entenderán por medidas administrativas aquellas decisiones formales de carácter terminal y de alcance general, siempre que tengan un impacto *significativo y exclusivo sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales*. En este contexto, el INDH señala que se limita la aplicación de la consulta en términos que no señala el convenio³. ¿Cuáles podrían ser los criterios objetivos que permitan delimitar cuando existe afectación directa?

Bueno, esa es una muy buena pregunta yo creo, porque yo creo que hay miedo por parte del estado de que toda medida legislativa y administrativa si tiene algún efecto para los pueblos indígenas, entonces ¿dónde está la línea entre la necesidad de consultar, y la falta de consultar?, pero el derecho a la consulta como está reconocido en el derecho internacional, el convenio 169, la declaración y la jurisprudencia de la CIDH, es que la consulta no se aplica solamente en las medidas que afectan exclusivamente a los pueblos indígenas, sino que impactan de una manera única a los pueblos indígenas. Entonces no es que tiene que ser una medida que se trata solamente de temas indígenas, pero que los pueblos indígenas se sientan el impacto de estas medidas en alguna manera que es distinta al resto del país. Entonces el objetivo cuando uno está pensando en el significado de susceptible de afectar directamente, otra manera de preguntar esta pregunta es si ¿los intereses de los pueblos indígenas son representados por la población en general?, entonces, ¿son los intereses de los pueblos indígenas en cuanto a la medida propuesta básicamente los mismos del resto de la población?, porque el objetivo general de la consulta es garantizar que la voz de los pueblos indígenas se representa en los debates nacionales y es una medida reparatoria para resolver un problema histórico de la marginación política y social de los pueblos indígenas, entonces cuando uno piensa en estos términos, yo creo que uno de los criterios más objetivos es preguntar si los intereses de los pueblos indígenas son realmente representados en general por la población en general. También yo creo que hay ciertas categorías de medidas, por ejemplo las medidas que impactan el territorio ancestral o recursos naturales de los pueblos indígenas que siempre van a recibir una dificultad y obviamente también una medida que está orientado específicamente y exclusivamente a los pueblos indígenas, por ejemplo una prohibición en alguna ley sobre educación indígenas, sobre tutores indígenas. Entonces yo diría que esta

³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe misión de observación, Mesa de Consenso Indígena”, agosto de 2013.

pregunta sobre la necesidad o no de la consulta, yo diría que es una pregunta que tiene que ver con el interés involucrado en la medida y si es un interés que es único para los pueblos indígenas.

6.- El otro tema que se presentó controvertido, fueron las decisiones adoptadas por las municipalidades, que según el reglamento no van a estar sometidas a consulta. ¿Usted cree que debieran estar sometidas a consulta?, ¿Por qué?

Si por supuesto, las municipalidades son órganos del estado. Yo entiendo que son independientes son autónomos, que las elecciones para los dirigentes y los alcaldes dirigentes locales son distintos que a nivel nacional, pero son parte de la tutela estatal, son entidades públicas, del gobierno, entonces es necesario que estén sometidos a la obligación de consultar a los pueblos indígenas. Bueno, entiendo poco sobre la complejidad de aprobar un reglamento o una ley que obliga a las municipalidades a la consulta, pero no están exentos del convenio 169 simplemente porque son gobiernos locales, entonces no sé si podría ser por medio de este reglamento o es necesario aprobar otra ley u otro reglamento para obligar a las municipalidades, para que estén obligadas a cumplir con el convenio y el derecho internacional en general.

7.- ¿Cree que el nuevo reglamento de consulta, refleja un reconocimiento de la libre determinación por parte del Estado a los pueblos indígenas? ¿Si su respuesta es no, cómo debiera consagrarse o cuáles debieran ser sus elementos básicos?

Esto tiene que ver con la última pregunta, que planteaste sobre la escala de libre determinación y en ese sentido de que la consulta es un mecanismo de libre determinación. Sí, el reglamento abre una puerta a la libre determinación, no es perfecto, tiene sus deficiencias, excluye varios tipos de proyectos y actos administrativos y legislativos, pero si uno acepta la idea de que la consulta y participación son vías hacia la libre determinación o proximidades para expresar la libre determinación indígena, entonces sí, éste reglamento y la implementación de la consulta tiene mucha relación con la autodeterminación de los pueblos indígenas. Obviamente no es un reconocimiento explícito de su autodeterminación y tampoco sabemos cómo va a ser experimentado en casos específicos, entonces puede ser que la implementación en la práctica, de las prohibiciones de este reglamento, restringe la libre determinación, en vez de ampliar la libre determinación, pero como una herramienta de la libre determinación, ofrece una oportunidad.

8.- La institucionalidad indígena actual ha sido impuesta desde el ordenamiento jurídico chileno, en asociaciones y comunidades, según la ley indígena 19.253 ¿Qué propuesta o elementos debiera tener una institucionalidad propiamente indígena?

Bueno en primer lugar tiene que estar definido por los mismos pueblos indígenas, ellos mismos. Bajo el concepto de la libre determinación y el derecho internacional, la institucionalidad indígena tiene que ser definida por los indígenas. No sé si has leído otras cosas que hemos escrito sobre la determinación indígena, pero tenemos un *paper* en la página web que hace una comparación entre la situación de los pueblos indígenas en EEUU y Canadá y la situación chilena, mencionamos algunas investigaciones norteamericanas que el cual hablan sobre algunas características de las instituciones indígenas. Entre ellos son que tienen concordancia con la cultura de las comunidades indígenas o de los pueblos, es decir que los valores de los pueblos sobre la difusión del poder y la delegación de las decisiones tienen que reflejarse en las instituciones indígenas. Algunas otras cosas que estas investigaciones han mostrado es la necesidad de estabilidad en las instituciones indígenas y el mecanismo para lograrlo tiene que definirse por las comunidades y por los pueblos indígenas. Pero por ejemplo, hay varios tribus en EEUU que antes tenían sistemas de organización en los cuales los dirigentes podrían cambiar cada dos años, parecido a Chile, donde una comunidad, al menos las reconocidas por la ley indígena, tienen que llevar cabo elecciones cada 2, 3 años y todos los dirigentes son sujetos a la reelección, entonces cada 2, 3 años cambia totalmente la dirigencia indígena. Entonces es muy difícil tener una planificación de largo plazo para las comunidades indígenas, para crear redes de contactos y alianzas con otros sectores en el sector Público y privados, si cambia con tanta frecuencia el liderazgo de las instituciones. También yo creo que la ley indígena tiene que abrirse a otra forma de organización, por ejemplo las federaciones o las instituciones tradicionales de los pueblos indígenas. Entonces restringiendo a los pueblos indígenas a organizarse en comunidades y asociaciones indígenas para poder aprovecharse de las políticas públicas del estado, disminuyen demasiado las oportunidades de organización.

9.- ¿Cómo podrían incorporarse y verse reflejadas las creencias y valores ancestrales, respecto de estas estructuras?

Lo que hemos visto con las tribus indígenas de EEUU, es que este proceso de reconstituirse y reorganizarse es un proceso que demora mucho tiempo, y que requiere mucha discusión interna para los pueblos indígenas, o acá para las tribus indígenas, primero identificado básicamente como se identifican estas personas, que elementos los hacen indígenas y que significa ser por ejemplo, *lafkenche*, o que significa ser *huilliche*, o que significa ser *aymara*, y cuál es la diferencia entre ésta comunidad indígena y otra comunidad indígena, cuáles son los valores que los unen como una comunidad. Y una vez que se identifican esos valores centrales del pueblo y definir qué significa, cual es la identidad, uno puede empezar en construir una institucionalidad que refleja estos valores. También es necesario pensar en la necesidad balancear estos valores con las necesidades reales y pragmáticas del día de hoy, entonces pensar en las necesidad de no solamente incorporar la cosmovisión, tradiciones y ritos, todo eso, pero también la necesidad de que alguna comunidad indígena hoy tienen que también interactuar con el estado, interactuar con personas no indígenas, interactuar con entidades privadas, como empresas, ONG, estos tipos de actores, entonces cualquier institución indígena tiene que tener dos audiencias, audiencias externos, en que tiene que reflejar los valores de la para comunidad que representa, para tener legitimidad ante esta comunidad pero también tiene que responder a las necesidades que vengan desde afuera, para que tenga también legitimidad desde afuera y tiene respecto de ambos lados. Pero siempre empieza con una discusión profunda sobre la identidad de la comunidad.

10.- En su trabajo “La Libre determinación indígena en la práctica: conceptualizando la libre determinación indígena e identificando estrategias de implementación”⁴ Señala que existe una escala de libre determinación siendo la consulta y participación, la primera. En este contexto, ¿constituye un espacio u oportunidad brindado por el Estado, para avanzar en esa escala de libre determinación, el reglamento de consulta?

Si, como dije antes, creo que si es un apertura a la libre determinación, no es perfecto, tiene deficiencias, y mucho depende de su implementación en la práctica, pero si es un primer paso, yo creo, hablando de la perspectiva de EEUU, el surgimiento de la libre determinación puede ser de repente y enorme desde un día a otro día se crece mucho a la libre determinación, pero también el surgimiento de la libre determinación, puede ser paulatino, y cuando uno piensa que hay varios metros para aumentar la libre determinación, una vía para aumentarla, es aprovechar cada

⁴ en “Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy”, Observatorio de derechos de los pueblos Indígenas, Temuco, 2012, p218.

oportunidad, no importa que tan pequeña es, para expresar su voz. En este sentido, bajo la idea de que la libre determinación puede crecer paulatinamente y poco a poco, entonces si este reglamento de consulta podría ser una apertura para expresar la voz de los pueblos indígenas en distintas áreas que estén sometidas a consultas.

11. ¿Cómo surgió el proyecto para la libre determinación indígena, y cuáles son sus desafíos para el futuro?

Surgió porque mi esposo que es mi colega también, tienen ese proyecto, y estábamos estudiando en la universidad de Arizona, él estaba trabajando y sigue trabajo por una organización que se llama “el instituto de las naciones nativas” que hace 30 años atrás empezó a hacer investigaciones acerca de la libre determinación indígena en EEUU, porque existe ahí para algunas tribus indígenas con mayor grado en comparación con otras tribus indígenas donde la libre determinación sigue siendo más restringida, o tienen menos éxito en cuanto al bienestar de las comunidades. Y a la vez yo estaba trabajando con el profesor Anaya en su posición como relator especial de observación y monitoreo de los derechos indígenas a nivel mundial y estamos conversando sobre todo eso y vimos que las investigaciones que se hicieron en EEUU acerca de la libre determinación y principios, parte con las comunidades que tienen éxito con la libre determinación en comparación con las que no tienen éxito, nos dimos cuenta de que eran dos caras de la misma moneda. Es decir, mucho de la implementación de la libre determinación depende no solamente del actuar del estado, sino también, de las actuaciones de los dirigentes y comunidades indígenas, que sí importa cuáles pasos tienen para formar sus instituciones estables, legítimas o cuales espacios tienen para ejercer su libre determinación una vez que esté reconocido en algún reglamento o dentro de algún contexto. Entonces tuvimos la idea de estudiar estos temas y estudiar específicamente la utilidad de estas investigaciones de EEUU en países latinoamericanos, entonces fuimos a Chile justo después de la ratificación del convenio 169 y trabajamos con la UDP y el INDH de allá.

Desafíos, mantener el trabajo que ya hicimos y en particular hacerlo a distancia, porque ahora no estamos viviendo en Chile, pero tenemos ganas de seguir viajando y trabajar con comunidades indígenas de allá. Seguir con el trabajo que hicimos en Chile, generando nuevas herramientas y material útil para los dirigentes de los pueblos indígenas y para las personas que trabajan con los pueblos indígenas.