

Consulta previa indígena en Chile: La larga historia de una asimetría impuesta

Camila Peralta García

Melbourne, Mayo 2019

DOCUMENTO DE TRABAJO ICSO – N° 61 / 2020
Serie Laboratorio Constitucional UDP

Consulta previa indígena en Chile: La larga historia de una asimetría impuesta

Camila Peralta García

Socióloga y Magister en Métodos para la Investigación Social
Universidad Diego Portales

Resumen

En este informe se analiza el derecho a Consulta Previa Indígena que es garantizado por el Estado de Chile a los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT y las Declaraciones ONU y OEA para pueblos indígenas. Se estudian las similitudes y diferencias entre los distintos articulados, destacando sus falencias, omisiones y también, elementos positivos. Además, se revisan las propuestas nacionales de Consulta Previa Indígena que han regulado este derecho colectivo desde 2009 –Decreto Supremo 124- hasta la actualidad –Decretos Supremos 66 y 40. Por último, se evalúa la pertinencia del consentimiento indígena como vinculante para el emprendimiento conjunto de medidas administrativas y legislativas al interior del territorio.

Palabras claves:

Consulta Previa Indígena, Pueblos Indígenas, Convenio 169, Chile, Legislación

Abstract

In this research report we will focus on the rights of the ‘Previous Indigenous Consultation’ that guarantees the State of Chile to indigenous peoples through the International labour organization (ILO) Convention 169 and the Declarations of the UN and OAS for Indigenous Peoples. The report emphasizes the similarities and differences between the different articles, highlighting their defects, omissions and also the positive elements. It reviews specifically the national proposals for the ‘Previous Indigenous Consultation’ that has regulated this collective right since 2009 - Supreme Decree 124 - until now - Supreme Decrees 66 and 40. This report aims to finally delve into those issues that, if resolved, could be a step to understand the necessity and urgency of linking this specific right of indigenous consent to the joint undertaking of administrative and legislative measures within the national territory.

Keywords

Indigenous people, 169 Covenant, Chile, Legislation, Indigenous consultation

Introducción

Chile es firmante de tres de los instrumentos más importantes de Derechos Humanos (DD.HH.) Colectivos a nivel internacional, a saber: *Convenio 169: Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (1989), “*Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*” (ONU, 2007) y *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (OEA, 2016). Cada uno de estos documentos de DD.HH. representa un importante avance respecto de la protección de los derechos indígenas y los deberes de los Estados en la propuesta, construcción e implementación de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a la población indígena de cada territorio. Pese a lo anterior, el paso –o los pasos- existentes entre la ratificación de los acuerdos internacionales y su implementación a nivel de política interna, es lo que permite la omisión y/o vulneración de los derechos de los pueblos y las obligaciones de los diferentes Estados en esta materia.

De acuerdo a lo anterior, es importante destacar que la legislación internacional vigente en Chile respecto de los DD.HH. que se enfocan en pueblos indígenas son, en su mayoría, acuerdos normativos de carácter no vinculante -excepto el Convenio 169- y que, por lo tanto, su ratificación no necesariamente garantiza el derecho de los pueblos de ejercer política y culturalmente elementos tan centrales como su autonomía, administración de su territorio y reproducción de su cultura, entre otros. En este sentido, los DD.HH. de carácter colectivo son un espacio de disputa de poder y búsqueda de simetría de derechos para ciudadanos de origen indígena, pero no solo con foco en la no discriminación por origen al interior de las fronteras nacionales, sino que tienen por finalidad romper con las lógicas de dominación impuestas desde la creación de los Estados, compensando, mitigando y propiciando las condiciones para el efectivo ejercicio de la legítima participación intercultural indígena en condiciones de igualdad, respeto, equidad y simetría al interior de todos los espacios relacionales, institucionales y subjetivos al interior de la estructura social – estatal (Víaña, et al., 2010) .

Es en este escenario de regulación internacional, que el derecho a consulta previa indígena – presente en los tres documentos internacionales antes mencionados- se convierte, tal como plantea la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la piedra angular de las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas al interior de los territorios (BCN, s.f.). La consulta previa indígena como mecanismo democrático para la adopción de decisiones no es solo el primer paso de la implementación nacional de los derechos colectivos de los pueblos, sino que es también una importante oportunidad para las personas y las organizaciones indígenas de participar formalmente con los gobiernos de manera previa en la discusión de las medidas administrativas y/o legislativas que pueden afectarles en cuanto colectivos. Desde esta perspectiva, los procesos de consulta previa indígena, deben ser entendidos, tal como plantea la Organización de Naciones Unidas (ONU) en su informe de 2011¹, como relaciones de comunicación y entendimiento entre las personas u/o organizaciones indígenas y las autoridades públicas del país, en el marco del respeto mutuo y la buena fe, cumpliendo con los siguientes requisitos intransables: que el proceso debe desarrollarse en diálogo con las instituciones representativas de cada pueblo, con procedimientos adecuados y por tanto, acordados de mutuamente entre los gobiernos y los pueblos; todo esto, de manera previa, libre e informada (ONU, 2011).

¹ Visto en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602>

De acuerdo con lo anterior, en el presente informe abordaremos el derecho a consulta previa indígena que es garantizado por el Estado de Chile a los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT y las Declaraciones ONU y la Organización de Estados Americanos (OEA) para pueblos indígenas. Se pondrá especial énfasis en las similitudes y diferencias entre los distintos articulados, destacando sus falencias, omisiones y elementos positivos. Además, se revisarán las propuestas nacionales de consulta previa indígena que han regulado este derecho desde 2009 hasta la actualidad; y por último, se planteará la cuestión del carácter vinculante del derecho específico de consentimiento indígena para el emprendimiento conjunto de medidas administrativas y legislativas al interior del territorio nacional.

¿Cuál es el motivo para enfocarnos de manera específica en el derecho a consulta previa indígena?

La población indígena en Chile –y a lo largo y ancho del continente americano- ha sido históricamente víctima de abusos, despojos y discriminación. Esto, desde la llegada del imperio hasta la actualidad, traspasando lógicas de dominación/sumisión desde la colonia al neoliberalismo por medio de la imposición del Estado y el mercado. En el caso de Chile, las transformaciones políticas y económicas: la construcción del Estado, la inclusión en el mercado y la colonialidad; la –reiterada- llegada, pérdida y recuperación de la democracia; entre otros muchos procesos políticos, económicos y sociales, han reproducido entre sus lógicas el elemento común de la colonización: la exclusión, omisión y sumisión de los pueblos indígenas por medio de la imposición simbólica y práctica no solo del saber y del ser occidental, sino que del poder que muchas veces político y otras –además- es cultural, económico, intelectual y social (Lander, et al., 2000).

A partir de la interpretación sociológica del derecho a la consulta, este documento propone comprender de manera comparada y proyectiva la urgencia del efectivo derecho a la consulta indígena previa, libre e informada como un derecho de carácter colectivo al consentimiento indígena, que representa la posibilidad de veto por parte de los pueblos indígenas a cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectarles, y que, por lo tanto, se constituiría uno de los primeros pasos de los procesos políticos formales del logro de la ansiada autonomía, autogobierno y autodeterminación de los pueblos que les ha sido negados desde la imposición del Estado hasta nuestros días (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016).

I. Legislación internacional

A nivel internacional existen diferentes reglamentaciones que buscan proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales. Dentro de estos instrumentos de DD.HH. encontramos distintos formatos que van desde las Declaraciones a los Convenios y los Tratados Internacionales, entre otros. Cada uno de estos articulados tiene características legales específicas y por tanto, implican distintas obligaciones para los países firmantes. A continuación revisaremos los documentos de derechos humanos colectivos de pueblos Indígenas reconocidos y ratificados por el Estado Chile, sus obligaciones y características.

Convenio 169 de la OIT

El “*Convenio 107: sobre poblaciones indígenas y tribales*” del año 1957, fue el primer paso de OIT respecto de los Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales en el mundo “independiente”. Sin desmerecer este importante avance, el Convenio 107 presentaba en su articulado claros sesgos proteccionistas e integracionistas desde los Estados hacia los pueblos indígenas presentes en los territorios. Lo anterior, lleva a la OIT, en el año 1986, a revisar el Convenio en conjunto con los pueblos y proponer una nueva mirada de “lo indígena” pero esta vez desde lo colectivo, reconociendo el concepto de “Pueblo”, eliminando los sesgos asimilacionistas y promoviendo la protección de sus identidades, prácticas culturales y territorio, es decir, su autonomía, dando origen así al Convenio 169 de la OIT en el año 1989 (OIT, 1989).

El “*Convenio 169: Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*” de la OIT, es considerado en la actualidad como la principal garantía, defensa y promoción de los derechos colectivos de pueblos indígenas y tribales al interior de los Estados firmantes. Esto, debido a su carácter de convenio internacional entre los estados y un organismo internacional, en este caso OIT, lo que significa que además fue ratificado por el poder legislativo a través de debate y votación en el Congreso Nacional. Esto, le otorga un rango jerárquico de carácter constitucional que obliga a los países que ratifican a adaptar su legislación interna en favor de los lineamientos del compromiso adquirido. En este caso, el Convenio 169 de la OIT ha permitido instalar en el debate internacional ideas como libre determinación, autonomía y autogobierno, entre otros, como legítimos derechos reclamados por los pueblos y como una obligación de los estados y sus gobiernos, lo que permitiría a los indígenas la defensa y administración autónoma de sus instituciones, territorio, economía e identidad (PRO 169, 2013). En ese sentido, la ratificación de un convenio de estas características puede ser entendido, apropiado y ejercido por los indígenas – y la comunidad nacional- como un espacio de poder de carácter colectivo que se sustenta en derechos reconocidos internacionalmente por el Estado, en este caso: Chile.

Sin embargo, el paso desde la ratificación del Convenio a su implementación será distinto para cada uno de los Estados firmantes, abriendo así la posibilidad de omisión/vulneración tanto de los derechos colectivos ahí suscritos como de los espacios de poder que de ahí se derivan y por tanto, disputan. Es por esto que la implementación intercultural de la política pública tiene por finalidad –y debiese- generar un nuevo equilibrio de poder al interior de las fronteras estatales, proponiendo una mirada “intercultural crítica” de la política indígena no solo en su contenido, sino también en la construcción de estas, es decir, en sus formas, buscando como principal objetivo y a través de procesos de Consulta Previa, la efectiva simetría entre los integrantes de la comunidad

nacional, erradicando la discriminación y opresión que tanto el Estado como el mercado ejercen sobre los pueblos indígenas, en tanto colectivo, como también para sus integrantes en cuanto ciudadanos individuales (Urrejola, 2014; Viaña, et al., 2010).

De acuerdo a lo anterior, la libre determinación de los pueblos como un ejercicio de poder efectivo, solo será una práctica colectiva e individual de los pueblos y sus integrantes cuando logren, bajo las garantías del Estado mayor, la participación ciudadana indígena bajo el resguardo de los principios que guían los acuerdos internacionales – definidos y reconocidos tanto en el Convenio 169 de la OIT como en las Declaraciones ONU y OEA- , es decir, bajo el principio de buena fe y en busca del consentimiento previo, libre e informado.

Para lograr lo anterior, el Convenio, el único de rango constitucional, es decir, obligatorios- tiene dos tipos de normas que deben ser aplicadas:

- a) Normas Programáticas: que necesitan de la dictación de leyes, reglamentos o decretos para su correcta implementación.
- b) Normas Autoejecutables²: que no necesitan de la dictación de instrumentos específicos ya que contienen en sí mismas la precisión necesaria para ser aplicadas e incorporadas al derecho nacional.

Al igual que la mayor parte de los países firmantes, en Chile el Convenio y su implementación se han traducido -casi exclusivamente- en la implementación y aplicación del derecho a consulta indígena, que es resguardado de manera específica en el artículo N°6 del Convenio 169 que, pese a su carácter autoejecutable, ha sido materia de debate entre el poder ejecutivo de los distintos gobiernos desde 2008 a la fecha y los pueblos indígenas presentes en los territorios (Duarte & Irrarázabal, s.f.; Aylwin , et al., 2010).

Declaración ONU 2007

Luego de 20 años de debate, la Asamblea General de la ONU firmó³, en 2007, la denominada “*Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”. Este documento aborda derechos colectivos e individuales para los miembros de pueblos indígenas en los países firmantes y tiene un claro foco en el pleno disfrute de los DD.HH. de manera libre e igual para los ciudadanos indígenas, buscando eliminar discriminaciones asociadas su origen e identidad.

Por otro lado, la propuesta de ONU contempla la libre determinación de los pueblos indígenas como uno de sus principales ejes, lo que se traduce en la libre elección y construcción de sus alternativas políticas, económicas, culturales y sociales con pertinencia cultural y además, con la intención de participar activamente en la conservación y preservación de sus culturas (ONU, 2007). Otorgándoles a los indígenas –al menos en papel- participación en importantes espacios de disputa de poder al interior de la sociedad civil y del mercado, particularmente respecto del control político y económico de elementos claves para el funcionamiento de la economía y por ende, de la política y mercado tanto a nivel interno, como internacional.

² Tribunal Constitucional (TC), Sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309.

³ 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Visto en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>

Pese a lo anterior, La Declaración ONU 2007 no tiene fuerza jurídica obligatoria –a diferencia del Convenio 169 de la OIT- por lo que, no implica reformar ni la Constitución ni las leyes y reglamentos que definen la política pública indígena interna de los países firmantes. En este sentido, la Declaración es, principalmente, un “compromiso” estatal con el lineamiento de los derechos ahí definidos, por lo que se espera que los países firmantes se acojan a dicha interpretación modificando sus legislaciones internas hacia el logro de los DD.HH. colectivos de pueblos indígenas.

Lo anterior, podría traducirse como un paso adelante en términos de derechos colectivos de pueblos indígenas en nuestro país, pero como es de esperar la Declaración ONU de 2007 no ha sido el eje principal de la política indígena en Chile, por lo que hasta la fecha no se han construido bajo sus lineamientos los caminos necesarios para cumplir con las propuestas de derechos ahí reconocidos y por tanto, no se ha logrado el esperado reconocimiento tanto constitucional como legislativo que el Estado comprometió para con los pueblos al interior del territorio y que permitiría –en parte- los avances aquí ratificados.

Declaración OEA 2016

En tercer lugar, el año 2016 y luego de 17 años de debate en la OEA, se firmó la “*Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”. Este instrumento jurídico tiene por finalidad fortalecer los DD.HH. de pueblos indígenas a lo largo del continente americano, buscando una integración entre los derechos colectivos reconocidos internacionalmente y los derechos y políticas públicas con foco indígena que construyen e implementan cada uno de los países firmantes en esta declaración (OEA, 2016).

En términos efectivos, esta propuesta ratifica –nuevamente- derechos otorgados a los pueblos indígenas a través del Convenio 169 OIT y de la Declaración ONU 2007, pero además propone un avance interesante en materias específicas como el carácter pluricultural y multilingüe de las naciones americanas, la auto-identificación como eje de reconocimiento indígena, protección de los pueblos con aislamiento voluntario, un enfoque de género y por último, un paso adelante en la protección y por ende, correcta implementación de los derechos colectivos ya ratificados en este y otros instrumentos internacionales (Gouritin & Aguilar, 2017).

Pese a lo anterior, tal como la Declaración ONU de 2007, la Declaración OEA 2016 es una manifestación de voluntad respecto de los lineamientos que debiesen tener los países firmantes en su relación con los pueblos indígenas presentes en sus territorios, por lo que estos no se ven obligados a modificar sus legislaciones internas en este sentido. Pese a esto, existe un elemento que diferencia ambos articulados y esto es que, la Declaración OEA apela de manera inmediata al Sistema Interamericano de Justicia (SIDH) y por lo tanto, son estos organismos quienes al ser interpelados por miembros u organizaciones indígenas, deben hacerse cargo del respeto de este tratado de DD.HH. específico de América y con foco en derechos colectivos para los pueblos indígenas⁴.

Sin embargo, es importante destacar que este articulado no ha sido considerado ni en la construcción ni en la implementación de políticas públicas con foco en población indígena en

⁴ Visto en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp>

Chile. Esta herramienta, tan urgente como necesaria, no ha sido socializada de manera efectiva ni en el aparato estatal –instituciones ni funcionarios- ni en las organizaciones indígenas y sus dirigencias, por lo que, en parte importante del territorio nacional, no existe conocimiento claro respecto de los derechos ahí contenidos y su resguardo, ni de sus capacidades resolutorias en términos de vínculo directo con el sistema internacional de DD.HH., tal como lo plantea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIHD).

¿Cuáles son las diferencias entonces?

Tal como pudimos apreciar en la descripción de cada uno de estos documentos de DD.HH. colectivos para pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional que al ser ratificado se convierte en ley de la república y por ende, vinculante. Para lo anterior, el Convenio debió pasar por un proceso legislativo a nivel nacional para legitimar la adscripción estatal a los compromisos ahí definidos, que en el caso de Chile significó un debate parlamentario que inicio en 1989 y se sostuvo por casi dos décadas, siendo ratificado en 2008. De acuerdo a esto, el articulado del Convenio es de carácter vinculante y por lo tanto, el país debe modificar su legislación interna, incluyendo la carta constitucional, para dar sentido y coherencia con los compromisos contraídos.

En cambio, las Declaraciones de ONU y OEA para Pueblos Indígenas, son manifestaciones de voluntad de los estados, que debiesen traducirse en -o en parte de- los objetivos de las legislaciones y políticas públicas con foco en pueblos indígenas de los países firmantes y, por lo tanto, su labor es principalmente programática, en el sentido en que orientarían la política a cumplir los consensos alcanzados y convenidos entre el Estado y las organizaciones internacionales, en este caso ONU y OEA.

El debate de la política indígena en Chile, desde 1990 a la fecha, ha girado en torno – principalmente- a la ratificación e implementación del Convenio 169 OIT y no así respecto de las Declaraciones ONU y OEA para pueblos indígenas. Lo anterior, tiene un correlato no solo en la obligatoriedad del Convenio 169, sino que también en los alcances propuestos por las Declaraciones, que en términos efectivos, definen y defienden derechos colectivos – y espacios de poder- que están varios pasos más avanzados que la propuesta del Convenio OIT.

II. *Derecho a consulta indígena en la legislación internacional*

Como mencionamos en la descripción del Convenio 169 de la OIT, el *derecho a consulta previa indígena* se ha convertido en la principal herramienta de implementación de dicho tratado a nivel político en los distintos países del mundo, del continente y obviamente, Chile no es la excepción. Pese a esto, un elemento característico de la consulta previa en el Convenio 169 es que esta no es de carácter vinculante, por lo que los pueblos no tienen derecho a veto sobre las medidas que les son consultadas por parte del Estado.

Es debido a lo anterior, que las Declaraciones ONU 2007 y OEA 2016 proponen importantes avances en materia de vinculatoriedad de la consulta, estableciendo el consentimiento -o no consentimiento- como el resultado efectivo del proceso de consulta, proponiendo así la obligatoriedad para el Estado del derecho indígena a consentir de manera previa, libre e informada. Lo anterior, se traduce en un espacio de poder que otorgaría una efectiva simetría

entre las partes al momento de proponer, construir y decidir sobre políticas públicas o medidas de inversión que afecten a los pueblos indígenas (Peralta, 2017). Pese a esto, como sabemos, ambas Declaraciones no tienen carácter vinculante y por lo tanto, la reglamentación de consulta en Chile y otros países, se rige – casi exclusivamente- por lo definido en la OIT hace 30 años atrás.

A continuación, revisaremos de manera comparada el Derecho a Consulta Indígena en los 3 documentos de DD.HH. colectivos para pueblos indígenas y reflexionaremos, independiente de su vinculatoriedad, respecto de los alcances que tendría –en un mundo paralelo- la Consulta Indígena Ideal para el caso chileno.

Convenio 169 de la OIT

Bajo la premisa de que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus prioridades y alternativas políticas, económicas, sociales y culturales, el Convenio 169 de la OIT contempla dos derechos complementarios y obligatorios para los gobiernos –bajo normas de carácter autoejecutable- que tienen por finalidad garantizar la participación y consulta previa a los miembros de pueblos indígenas que sean susceptibles de ser afectados por medidas legislativas y/o administrativas emprendidas al interior del territorio nacional, ya sea por el Estado o privados (OIT, 1989).

Al ser medidas de carácter autoejecutable, la participación y la consulta previa indígena son, tal como lo plantea la OIT, las piedras angulares de este tratado vinculante de DD.HH. de carácter colectivo, obligando a los países a generar los mecanismos necesarios para la aplicación de estos Derechos a través de los artículos N°6 y N°7 de Consulta y Participación:

- *Artículo 6:*

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 niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les 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 la 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.

- *Artículo 7*

- I. 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.
- II. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
- III. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
- IV. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Declaración ONU 2007

La declaración ONU de 2007 contempla los derechos a consulta y cooperación indígena en varios de sus artículos, donde estos procesos aparecen asociados a temas específicos como salud, medio ambiente, educación, etc. Pero también de manera exclusiva como derecho en sí mismos que deben ser ejercidos por los pueblos de manera previa a la formalización por parte del Estado de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.

Un elemento central en la propuesta de las Naciones Unidas tiene que ver con que el consentimiento es la finalidad del proceso de consulta, por lo que se entiende que esta sería de carácter vinculante y por ende, con capacidad de veto por parte de las organizaciones y personas indígenas respecto de las medidas consultadas.

- *Artículo 19*

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

- *Artículo 32*

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Declaración OEA 2016

Por su parte, el documento firmado por Chile en la asamblea de OEA 2016 contempla el derecho a consulta previa indígena en varios de sus artículos, al igual que la Declaración ONU, dando cuenta de la necesidad de procesos de consulta tanto específicos, como generales. Pero además, presenta este derecho desde su preámbulo como una obligación que debe ser respetada por los Estados y sus gobiernos, planteando la consulta como un espacio de cooperación entre los pueblos que componen el Estado mayor.

- *Preámbulo:*

Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados;

- *Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas*
 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.
 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

¿Cuáles son las diferencias entonces?

De acuerdo a los artículos recién presentados, podemos decir que el derecho a consulta indígena aparece en cada documento de acuerdo internacional como uno de los ejes centrales y requisito

obligatorio, para la efectiva realización de los derechos colectivos de pueblos indígenas al interior de los estados. Pese a esto, cada uno de estos documentos de derechos colectivos retrata la consulta y sus requisitos de manera diferente y por ende, significan -en estricto rigor- derechos de consulta diferentes y con alcances distintos entre sí. Es por esto que presentaremos a continuación un análisis comparado entre los artículos de consulta de los tres acuerdos estudiados⁵.

a) Elementos comunes

En la siguiente tabla podemos apreciar los elementos comunes entre los artículos de consulta de cada acuerdo internacional. Aquí es posible identificar algunas sutilezas, pero que en términos efectivos establecen los elementos mínimos comunes para la comprensión del derecho a consulta previa Indígena como un principio general de derecho a nivel internacional (IIDH, 2016). Es decir, la consulta indígena debe ser realizada de manera previa y a través de las instituciones representativas de los pueblos para debatir con los gobiernos aquellas medidas administrativas o legislativas que propongan tanto el Estado o los privados –en casos de inversión-, donde la buena fe es, o debería ser, la garantía de los procesos.

Tabla I: Comparación acuerdos internacionales: elementos comunes

| CRITERIOS | Convenio 169 | Declaración ONU | Declaración OEA |
|------------------------------------|---|---|--|
| Instituciones involucradas | Instituciones representativas | Instituciones representativas | Representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones |
| Tipo de medidas a consultar | Medidas legislativas o administrativas | Medidas legislativas o administrativas | Elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones |
| Principios de la consulta | Buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias | Celebrarán consultas y cooperarán de buena fe | Celebrarán consultas y cooperarán de buena fe |

Tabla I: Comparación acuerdos internacionales: elementos comunes. Elaboración propia.

De acuerdo a lo anterior y tal como plantea el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) en 2016, las características de la consulta indígena en cuanto principio general de derecho internacional son:

1. La consulta debe realizarse con carácter previo;
2. La consulta no se agota con la mera información;
3. La consulta debe ser de buena fe dentro de un proceso que genere confianza entre las partes;
4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
5. La consulta debe ser sistemática y transparente; y

⁵ Tabla comparativa en el anexo

6. el alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones.” (IIDH, 2016, p. 16)

b) Los elementos de diferencia

De manera complementaria, la siguiente tabla presenta las diferencias existentes entre los documentos de derecho internacional, enfocándose, particularmente, en aquellos elementos que se traducen como trabas a la efectiva aplicación de la consulta indígena como un derecho que debiese eliminar –o subsanar- las asimetrías de poder entre ciudadanos al interior del Estado, apartando todas aquellas discriminaciones asociadas al origen y pertenencia a pueblos indígenas.

Tabla II: Comparación acuerdos internacionales: elementos diferentes

| Criterios | Convenio 169 OIT | Declaración ONU | Declaración OEA |
|-----------------------|---|---|---|
| Responsable | Los gobiernos | Los Estados | Los Estados |
| Afectación | Susceptibles de afectarles directamente | Que los afecten | Que afecten sus derechos |
| Consentimiento | Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. | A fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. | A fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. |

Tabla II: Comparación acuerdos internacionales: elementos diferentes. Elaboración propia

En primer lugar, el Convenio 169 de la OIT entrega la responsabilidad de cumplir con la obligación de desarrollar los procesos de consulta a los gobiernos de los países firmante, convirtiendo este derecho en un proceso que se regirá por la disposición del poder ejecutivo de turno sobre qué y cómo consultar, disminuyendo la posibilidad de convertir la consulta indígena en un derecho resguardado y sistematizado por los Estados. De acuerdo a lo anterior, y bajo la consideración de que cada proceso de consulta debiese ser irrepetible, ya que la metodología debiese ser co-construida con las organizaciones indígenas, la posibilidad de éxito de los procesos y por tanto, de establecimiento de jurisprudencia acorde, dependerá casi exclusivamente de la voluntad política y de diálogo efectivo de cada gobierno.

En segundo lugar, el Convenio 169 de la OIT plantea el concepto de “susceptibilidad” de afectación, término que se ha prestado para confusiones y libres interpretaciones por parte los países firmantes, llegando a propuestas aberrantes como: afectación directa y/o exclusiva/única de pueblos indígenas. Tal como lo plantean Lopez y Mohr (2014), el artículo 34 del Convenio entrega la flexibilidad necesaria para que el Convenio en general se adapte a las necesidades de cada país. Pese a esto, para el caso específico de la afectación, la OIT se vio obligada, a partir de los comentarios del relator ONU James Anaya en el año 2011, a establecer límites a esta “flexibilidad de la flexibilidad”: *“siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad [...] una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes”* (Lopez & Mohr, 2014).

Por su parte, las Declaraciones ONU y OEA eliminan este vicio de redacción y proponen una versión clara y explícita: toda medida legislativa o administrativa que afecte a los pueblos – independiente de su forma de afectación- debe, obligatoriamente, ser consultada por los Estados firmantes.

En tercer lugar, se encuentra la diferencia más relevante entre estos documentos de manifestaciones de voluntad sobre la política indígena a nivel mundial, esta es la vinculatoriedad de los resultados de la consulta previa, es decir: capacidad de veto de las personas y organizaciones indígenas por medio del no consentimiento manifiesto a través del proceso de consulta indígena desarrollado por el Estado. De acuerdo a lo anterior, el derecho al consentimiento indígena debe ser comprendido como la capacidad de decisión de los pueblos indígenas respecto de las medidas administrativas o legislativas que les son consultadas por los estados/gobiernos, donde no solo se espera identificar en el diálogo los efectos –positivos y negativos- que podrían generar las medidas propuestas, sino que es la comprensión de este derecho no solo como un trámite administrativo de entrega de información, sino que como un Derecho de carácter fundamental de las personas y organizaciones indígenas a consentir de manera previa, libre e informada, si, de acuerdo a sus costumbres y prácticas culturales, políticas y económicas, consienten o no la autorización y/o implementación de la medida administrativas o legislativas propuesta por los gobiernos con todos los cambios –favorables o no- que dicha medida implique en sus vidas y preservación de sus culturas (IIDH, 2016).

Tal como se aprecia en la Tabla II, el Convenio 169 plantea como horizonte: el acuerdo o logro del consentimiento de los pueblos respecto de lo consultado, lo que se traduce -en la práctica- en la posibilidad de “acordar los desacuerdos”, es decir, establecer formalmente en los informes de consulta del Estado los desacuerdos entre el ejecutivo y los/as consultados (Ministerio de Medio Ambiente, 2013; Ministerio de Desarrollo Social, s.f.). Por ende, el no consentimiento solo tendrá un carácter referencial, es decir, aparecerá como parte de los resultados en los procesos de consulta, pero no implica la capacidad de las personas y organizaciones indígenas de rechazar un proyecto, eliminando así la obligación de consentimiento efectivo y entregando la posibilidad al servicio estatal que desarrolla el proceso, de omitir de la redacción definitiva de las propuestas legislativas o administrativas todos aquellos elementos objetados o rechazados por los miembros de los pueblos consultados (De Cea & Peralta, 2018; Peralta, 2017)

Por otro lado, tanto la Declaración ONU como la propuesta de OEA, plantean el derecho de consentimiento libre, previo e informado como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, por lo tanto, es necesario manifestar que son las diferencias de rango normativo entre los documentos de derecho internacional es, en parte, lo que ha mermado el avance de la consulta previa indígena como un derecho fundamental efectivo de los pueblos al interior de los países firmantes. En este sentido, el análisis permite posicionar las Declaraciones ONU y OEA como meras muestras de voluntad y promesas políticas que no necesariamente serán implementadas por los Estados firmantes. Este tipo de compromisos no solo ilusiona a los integrantes de los pueblos, sino que se traduce un claro incentivo para que miembros de los pueblos y sus organizaciones reclamen la necesidad urgente de la consulta como un efectivo derecho fundamental y vinculante de carácter colectivo que permita a los miembros de los pueblos indígenas incidir de manera efectivas en las decisiones de los Estados que puedan afectarlos.

III. Derecho a consulta en Chile

Como ya hemos logrado apreciar, el derecho a consulta indígena es el eje central de los derechos articulados en el Convenio 169 de la OIT y en las Declaraciones tanto de ONU 2007 como de OEA 2017. Tal como lo plantea OIT, la Consulta es “*la piedra angular del convenio sobre la cual descansan las demás disposiciones*” (BCN, s.f.) por lo que el Tribunal Constitucional de Chile decide definir los artículos 6 de Consulta y 7 de Participación indígenas del Convenio 169 como normas de carácter autoejecutable, planteando en su sanción que deben ser aplicadas de manera inmediata y sin la necesidad de normativas internas para hacer efectivo dicho derecho (Tribunal Constitucional, 2000).

Lo anterior, llevó al primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet (2006-2010) a crear -sin consultar- el primer reglamento de consulta indígena en Chile: Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación del año 2009, el cual fue derogado por exigencia de las organizaciones indígenas el año 2013 y fue reemplazado por dos reglamentos de carácter complementario que fueron consultados y construidos bajo el primer mandato de Sebastián Piñera, dando origen a los Reglamentos: Decreto Supremo 66 del Ministerio de Desarrollo Social y Decreto Supremo 40 del Ministerio de Medio Ambiente. Ambos reglamentos fueron –desde su origen- rechazados por las organizaciones indígenas del país, solicitando formal e informalmente, su derogación y creación de un nuevo mecanismo que se ajuste no solo a los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de OIT, sino que además cumpla el requisito de la vinculatoriedad, es decir, el derecho a consentimiento libre, previo e informado propuesto por las Declaraciones de ONU 2007 y OEA 2017.

A continuación presentaremos una breve reseña de la construcción e implementación cada uno de estos reglamentos con la finalidad de explicar sus falencias y virtudes de manera comparada, pero además, permitiéndonos realizar recomendaciones no solo respecto de su contenido, sino que de manera específica sobre la forma en que un reglamento o ley de consulta indígena debiese ser co-construido entre el Estado y los pueblos indígenas que habitan el territorio.

Convenio 169 de la OIT

Durante el gobierno del presidente Patricio Aylwin (1990-1994) se envió al Congreso Nacional el acuerdo para ratificar el Convenio 169 de la OIT del año 1989. Este gobierno, el primero desde la vuelta a la democracia, tenía un claro compromiso con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, estableciendo con estos una serie de metas que se sumaban a la ratificación del Convenio por medio del Acuerdo de Nueva Imperial. De esas propuestas no todas se aprobaron, algunas, como la ratificación del Convenio 169, se cumplieron muchos años después del fin de este mandato y otras, como el reconocimiento constitucional aún siguen esperando un debate de carácter intercultural que permita su adopción.

Pese a las intenciones manifiestas, el poder ejecutivo del primer gobierno de Bachelet, al enviar el documento de acuerdo al Congreso, propone una “*declaración interpretativa*” del Convenio, buscando desconocer, por medio de esta, a los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Colectivo y por lo tanto, su derecho a la autonomía y territorio, elementos centrales del articulado (De Cea & Fuentes, 2016) Esta interpretación propuesta por Chile fue rechazada por OIT y por lo tanto, el Convenio debía ser ratificado de manera íntegra por los parlamentarios, lo que significó más de 17 años de tramitación, debate y resistencia legislativa, siendo aprobado el año 2008 bajo

el primer gobierno de Bachelet y respondiendo –principalmente- a motivaciones contextuales como el brutal asesinato de Matías Catrileo a manos de Carabineros (Fernández, 2017).

Pese a las resistencias emprendidas durante 17 años por diferentes parlamentarios y partidos políticos, el TC en al menos dos ocasiones ratifica la constitucionalidad del articulado dando paso a su debate en el Congreso y su posterior ratificación, pero además el Tribunal Constitucional distingue en el articulado del Convenio dos tipos de normas: 1) programáticas: necesita de la dictación de legislación, reglamentos o normas específica para su aplicación, por lo que contará con la participación del parlamento y la vigilancia del TC y 2) auto-ejecutables: su contenido es lo suficientemente preciso por lo que no necesitan legislación interna para su implementación, lo que ha motivado a los Estados a generar los mecanismos más correctos para su inmediata aplicación.

Como habíamos comentado, es por omisión de su carácter autoejecutable que el gobierno de Bachelet decidió limitar el derecho a consulta a través del primer mecanismo de Consulta y Participación Indígena en Chile, reglamento inconsulto que dio origen a un nuevo espacio de enfrentamiento entre el Estado de Chile y los Pueblos Indígenas, pero ahora desde y con los derechos colectivos de los pueblos ratificados internacionalmente y por tanto, como parte de la legislación nacional.

Antes de comenzar con la descripción de los reglamentos y su evolución, es necesario recordar que en Chile la mayor parte de las normas de carácter programático contempladas en el Convenio siguen siendo tarea pendiente del Estado y de los sucesivos gobiernos de Bachelet y Piñera, quienes se han turnado en el poder desde su ratificación hasta la fecha, no dando la relevancia necesaria a la cooperación entre los Pueblos y el Estado para la co-construcción de una sociedad intercultural y que respete los derechos colectivos de los pueblos en ámbitos tan relevantes como sus Derechos culturales, políticos, económicos, laborales, territoriales, salud, educación, medio ambiente, participación de los beneficios de la inversión, entre otros.

Decreto Supremo 124, año 2009, Ministerio de Planificación.

El Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación fue publicado el 4 de septiembre de 2009 por el primer gobierno de la presidenta Bachelet. El documento titulado: *“Reglamenta El Artículo 34 De La Ley N°19.253 A Fin De Regular La Consulta Y La Participación De Los Pueblos Indígenas”* fue presentado como una medida de carácter transitorio que tenía por finalidad regular los procedimientos no solo de Consulta, sino que de Partición Indígena que estaban establecidos tanto en el Convenio recién ratificado, como en la Ley Indígena 19.253 del año 1993 y definía su finalidad de la siguiente manera:

“Artículo 1: [...]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” (Ministerio de Planificación, 2009)

Es en el carácter de transitoria de esta reglamentación, que se escudó el gobierno para justificar la omisión de un proceso de consulta pese a ser este un acto administrativo que, por lo tanto, para su construcción debiese contar con la participación de los Pueblos. Lo anterior, obviamente,

motivó la resistencia de organizaciones indígenas a lo largo de todo el país, quienes fueron apoyados por organizaciones nacionales e internacionales de DD.HH., para demandas su derogación (Caniuqueo & Peralta, 2016).

Además de los problemas de forma con que fue concebido este documento, sus contenidos también fueron materia de debate político. Tanto las organizaciones indígenas como los mecanismos nacionales e internacionales de defensa de estos derechos, tenían reparos respecto de las metodologías impuestas por el gobierno así como también, respecto de la restricción del derecho a consulta para medidas administrativas propuestas por los gobiernos, ya que entregaba a los servicios públicos la capacidad de decisión sobre qué, cómo y cuándo consultar. Por otro lado, el reglamento DS. 124 excluye de la obligación a consulta a todos los organismos constitucionalmente autónomos, dentro de los cuales identificamos de manera relevante a municipios, Contraloría y empresas estatales, entre otros (De Cea & Fuentes, 2016; Urrejola, 2014). Por último, se suma a este descontento, la traducción propuesta por el gobierno respecto de la “susceptibilidad de afectación” explicitada en el artículo 6 del Convenio 169 OIT, ya que se propone la aberrante idea de “afectación exclusiva” en el título II:

“Artículo 7º.- Criterios de afectación. Se entenderá que hay afectación directa de los pueblos indígenas cuando la medida legislativa o administrativa o el respectivo plan o programa de desarrollo nacional o regional, según corresponda, diga relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley Nº 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables” (Ministerio de Planificación, 2009)

Esta propuesta además entrega la responsabilidad de consulta sobre proyectos de inversión al Servicio de Evaluación Ambiental, dejando este derecho reducido a la mera participación definida por la Ley 19.300 de bases medioambientales, la cual está directamente ligada a la envergadura de los proyectos y a la discrecionalidad del servicio para definir la afectación (Urrejola, 2014; Ministerio de Medio Ambiente, 2013).

Considerando todas las trabas establecidas por el gobierno e identificadas por las organizaciones indígenas y organismos nacionales e internacionales de DD.HH., llega el fin del gobierno de la Presidenta Bachelet, quienes entregan al próximo presidente la tarea de derogar este mecanismo transitorio y construir de manera conjunta con los pueblos un nuevo reglamento que cumpla no solo con las expectativas de los pueblos indígenas (y los privados), sino con los estándares internacionales ratificados por Chile, ya sean vinculantes o no. Es importante recordar que para esta fecha la Declaración ONU 2006 ya había sido firmada por el Estado de Chile y su implementación comenzaba a ser una nueva deuda del Estado con los pueblos.

Decreto Supremo 66, año 2013, Ministerio de Desarrollo Social.

Al iniciar su primer gobierno con el desafío de la derogación del DS.124, Piñera (2010-2014) estableció una serie de compromisos políticos entre los pueblos y el ejecutivo, lo que se tradujo de manera inmediata en una oportunidad para la derecha chilena de entregar un sello a la política indígena, ya que, por primera vez desde la llegada a la democracia, podía sentarse en el poder ejecutivo y transformar la mirada que desde lo indígena existía sobre su sector.

Los compromisos programáticos del presidente fueron recogidos por el ejecutivo en el proceso de consulta que se tituló “*Consulta sobre institucionalidad Indígena*” (Abogabir, 2014), desarrollado por el gobierno desde el año 2011 en adelante, donde se abordaron 4 propuestas específicas: (1) propuesta de nueva institucionalidad indígena que reemplazará a CONADI; 2) reconocimiento constitucional; 3) consulta sobre la propuesta del nuevo Reglamento SEIA; y 4) regulación normativa del procedimiento de consulta (Peralta, 2013).

Dicho proceso de consulta consistió, principalmente, en la realización de talleres entre el gobierno y los pueblos indígenas, donde el primero explicaba sus propuestas a las organizaciones locales y estas manifestaban su opinión. Este proceso fue objetado por las organizaciones indígenas planteando que la metodología no era la pertinente y que además, se les estaba imponiendo desde el gobierno no solo los temas, sino que las formas de solución para cada uno de los ítems debatidos. Esto llevó a que muchas organizaciones se restaran del proceso y por lo tanto, el gobierno optó por cancelar el proceso de consulta y lo aplazó para el año 2012, con la finalidad de mejorar la metodología (Urrejola, 2014).

Durante el año 2012 se retomaron los talleres de consulta, pero esta vez fueron realizados por las organizaciones indígenas que se mantuvieron desde el proceso anterior y con apoyo del gobierno, cambiando la lógica, según el ejecutivo, desde el convencimiento hacia el debate de ideas. Pese a lo anterior, como era de esperarse, numerosas organizaciones plantearon nuevamente su rechazo al proceso, argumentando que no fueron convocados o fueron rechazados por las organizaciones que ya estaban participando. Por lo tanto, su crítica no solo era a la metodología y propuestas, sino que a la legitimidad –en términos de representación- de los futuros resultados de esta consulta.

Esta vez, sus demandas de las organizaciones fueron escuchadas y el ejecutivo no solo decidió renunciar a los procesos de consulta referentes a Constitución e institucionalidad indígena y continuar solo con los procesos asociados a consulta indígena en general [Ministerio de Desarrollo] y sobre proyectos de inversión (SEA), sino que además inició un tercer proceso de consulta. Esta nueva etapa fue bautizada como “*Consulta de la Consulta*” y dio como primer resultado un documento que fue presentado al Consejo de CONADI y también al relator de OIT en agosto de 2012, quien planteó lo siguiente sobre la propuesta: “*ineludible realizar ajustes y modificaciones al texto y avanzar en un proceso de diálogo y concertación con los pueblos indígenas de Chile del modo más amplio e inclusivo para la elaboración del texto final del Reglamento de Normativa de Consulta y del instrumento conexo de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*”. (De Cea & Fuentes, 2016).

De acuerdo con las críticas recibidas, el ejecutivo reabre el debate en el mes de diciembre de 2012, realizando el “*Gran encuentro de pueblos indígenas*”, actividad que convocó a más de 250 dirigentes y/o representantes indígenas por 3 días. Este encuentro dio como resultado la elección de 40⁶ dirigentes que trabajarían en una “*mesa de consenso*” con el gobierno, la que durante 5 meses de 2013 y en 23 sesiones, contó con la observación del INDH y el relator ONU (Gobierno de Chile, 2013).

⁶ Estos dirigentes no necesariamente fueron seleccionados a nivel territorial por las organizaciones indígenas, sino que fueron electos al interior del proceso de consulta.

Durante el desarrollo de la Mesa se recogieron 11 contrapropuestas de los pueblos indígenas al gobierno, se recibió recomendaciones del relator especial y se tomó en conocimiento una variedad de declaraciones públicas tanto de organizaciones indígenas como de organismos de DD.HH. respecto del estándar de derecho esperado del nuevo reglamento. Con todo este material y el debate desarrollado por los 40 dirigentes y el gobierno, se logró la redacción conjunta de 17 artículos que debían ser parte de la propuesta final.

Pese a lo anterior, el ejecutivo decidió considerar que el proceso de construcción de reglamento no terminaba con la mera consulta de este, por lo que decide redactar de manera unilateral el Decreto Supremo 66, articulado que contiene los acuerdos establecidos en la mesa de consenso y redacciones no consultadas sobre los desacuerdos de esa misma instancia (Peralta, 2013). Tanto los acuerdos como los desacuerdos y su nueva redacción fueron explicados por el gobierno en el informe “*Propuesta de Nueva Normativa de Consulta Indígena*” publicado el 6 de agosto de 2013⁷. Lo anterior tiene serios reparos, ya que integrantes de la mesa de consenso acusan que incluso las normas que fueron acordadas en el proceso de consulta fueron cambiadas en la redacción del Decreto final⁸.

Con todo esto, el DS.66 fue publicado 4 de marzo de 2014, dejando en manos del próximo gobierno la misión de implementarlo o derogarlo, como nuevamente demandaban las organizaciones indígenas.

Pese a que el gobierno insistió en que este reglamento no agotaba la discusión respecto del Derecho a Consulta de los pueblos indígenas, el DS66 no ha sido derogado ni por Piñera ni por Bachelet en sus intercalados mandatos. Lo anterior significa que seguimos manteniendo las falencias, omisiones y críticas que realizar al Reglamento que desde 2014 rige el Derecho de Consulta. En el siguiente apartado profundizaremos en estos y otros elementos del Derecho a Consulta en Chile.

¿Cómo funciona el Decreto Supremo 66?

Para dar inicio a este apartado es necesario dar cuenta de los avances que este reglamento presenta respecto del inconsulto y derogado DS.124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN). En primer lugar, el DS.66 (Ministerio de Desarrollo Social, 2014) consagra la consulta como un derecho de los pueblos y un deber de los gobiernos y por tanto del Estado de Chile. Además, propone el acuerdo y posible consentimiento como las finalidades de los procesos de consulta, y elimina la propuesta del DS.124 de entender la consulta como una mera toma en cuenta, por parte del ejecutivo, de las opiniones de las organizaciones indígenas. Por otro lado, el DS.66 incluye a los órganos constitucionalmente autónomos entre los servicios que tienen deber de consultar. Y por último, propone un modelo claro de consulta, la que está dividida en etapas y que abre la oportunidad de flexibilizar los límites temporales del proceso a través de solicitudes directas al servicio consultante.

El reglamento de consulta define que, para cada una de las etapas que describiremos a más adelante, el gobierno debe cumplir con los siguientes elementos:

⁷⁷ Visto en: https://www.upr-info.org/sites/default/files/document/chile/session_18_-_january_2014/a_hrc_wg.6_18_chl_1_annex_iii_s.pdf

⁸ Visto en: <https://www.servindi.org/actualidad/42125>

- Registro de las reuniones: videos y/o actas que deben ser firmadas por todos los intervinientes.
- Búsqueda de consenso en cada una de las etapas, los acuerdos y desacuerdos deben ser registrados por los órganos consultantes.

Antes de describir las etapas del proceso, es necesario dar cuenta de que la convocatoria desde el servicio consultante hacia las organizaciones (Ministerio de Desarrollo Social, s.f.), es un proceso previo a la consulta indígena, lo que significa que no existe garantía sobre quiénes participarán del proceso de consulta hasta que este se inicie. Esto, porque la convocatoria -pese a tener como requisitos: convocar a los afectados por la medida a nivel local, regional o nacional a través de publicación en el diario, publicación en la página web del servicio consultante, carta certificada por medio de registro de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) a las organizaciones territoriales y difusión en radios, municipios y oficinas públicas locales - es realizada de manera exclusiva por el servicio interesado, con apoyo de CONADI, y por tanto, en muchas ocasiones no logra llegar con la invitación a aquellas organizaciones que están geográficamente aisladas o no cuentan con los medios tecnológicos para informarse, esto sin considerar que los registros de CONADI no están actualizados, situación que habla de la falta de pertinencia cultural y territorial del primer vínculo entre el gobierno y los pueblos en el marco de la consulta, es decir, cuando los “invita a conversar” (De Cea & Peralta, 2018). Este ejercicio, el de convocar, es un espacio de poder donde el Estado permite –incluye y excluye- a las personas indígenas su derecho de ser informadas, tomando en primera instancia, la decisión de a quién convocar para ser parte del proceso. Lo anterior, puede ser remediado por los servicios si las personas afectadas y no convocadas, se acercan al Departamento de consulta del MIDESOCC explicando la afectación, la no convocatoria y solicitando directamente la realización de un proceso de consulta, división en la cual se tomará la decisión incluirlos o no en los procesos (otro ejercicio de poder).

Luego de realizar la convocatoria, las etapas del proceso de Consulta Indígena según el Reglamento son:

1) *Planificación*: es decir, se planifica la consulta de manera conjunta entre el gobierno y las organizaciones afectadas, esta etapa debe ser convocada con 15 días de anticipación. Desde la primera reunión, el gobierno debe entregar la información preliminar de la medida a consultar y se debe definir de manera conjunta: quiénes deben participar⁹, sus roles y funciones, definiendo una metodología en conjunto con los convocados. Este espacio tiene por finalidad acordar los lugares y horarios de las reuniones, el uso del dinero, los plazos, la necesidad de intérpretes y asesoría, las formas de registro de las reuniones, los mecanismos de difusión del proceso y de manera central, la solicitud de observadores o ministros de fe para el proceso. La centralidad de esta etapa es la co-construcción de la dinámica interna que tendría cada reunión del proceso, buscando de manera conjunta la forma de garantizar un plano de igualdad entre el servicio que consulta y los consultados. Esta etapa debe tener al menos 3 reuniones y debe considerar tiempo para el debate interno de los pueblos respecto de la metodología y su posterior acuerdo con el servicio consultante.

⁹ La consulta se debe realizar a través de las instituciones representativas de cada pueblo, por lo tanto, son ellos quienes deben decidir quien participa del proceso.

2) *Entrega de información*: El gobierno a través del servicio a cargo de la Consulta, debe difundir e informar sobre el proceso de consulta que realizará, su alcance territorial y la justificación y explicación de las medidas a consultar. Esta información debe ser entregada de manera oportuna y pertinente cultural y territorialmente, es decir, entregada por los procedimientos adecuados, con la finalidad de lograr la comprensión por parte de las personas convocadas. De acuerdo a esto, las organizaciones pueden solicitar financiamiento para material didáctico, asesores, intérpretes, etc. En la medida que lo estimen conveniente.

Para esta etapa no existe límite de reuniones, ya que la finalidad es asegurar que conozcan la información, teniendo en cuenta todas las variables culturales que permiten un buen entendimiento.

3) *Deliberación interna de los pueblos*. De manera interna, autoconvocada y con el financiamiento del servicio consultante, las organizaciones deben realizar las reuniones que estimen necesarias para analizar, estudiar y debatir las medidas consultadas y su posición respecto de estas. Para esto, pueden solicitar asesoría externa que debe ser gestionada a través del gobierno. Esta etapa tiene por finalidad determinar la posición de las organizaciones indígenas respecto de las medidas consultadas, construyendo los argumentos que propondrán en la fase de deliberación con el gobierno.

4) *Diálogo*. Los pueblos dialogan con el gobierno a través del servicio a cargo de Consultar, estas reuniones se deben realizar según la metodología acordada en la etapa de planificación. En esta etapa se busca llegar a un acuerdo o consentimiento por parte de los pueblos sobre la medida consulta, pero a partir del debate de argumentos y propuestas desarrolladas con el servicio consultante. Tanto los acuerdos y los desacuerdos deben quedar escritos en un acta para su posterior seguimiento.

5) *Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso de Consulta*. Este es el término del proceso de consulta. Se debe realizar un informe final que dé cuenta de manera detallada de las distintas etapas del proceso, es decir, desde la definición de necesidad de consulta, la convocatoria y cada una de las etapas desarrolladas, explicando los acuerdos y desacuerdos, y fundamentado cada uno de estos. Esta etapa es gestionada por el Servicio consultante y tiene un plazo de 25 días para cumplir con su publicación.

Tabla III: Resumen de etapas y aspectos relevantes del proceso de consulta previa indígena¹⁰.

| Etapa | Finalidad | Participantes | Requisitos mínimos |
|----------------------|--|---|---------------------------|
| Planificación | Entregar información preliminar sobre la medida a consultar | Órgano responsable y organizaciones representativas | Al menos 3 reuniones |
| | Determinar los intervinientes indígenas, sus roles y funciones | | |

¹⁰ Para las medidas legislativas, cada una de las etapas debe durar como máximo: 25 días hábiles; para las medidas administrativas serán 20 días hábiles. El órgano responsable puede modificar los plazos por solicitud de las organizaciones representativas consultadas. Artículo 17 DS. 66.

| | | | |
|--|--|--|---|
| | Determinar la metodología, formas de intervención y registro del proceso | de los pueblos indígenas | |
| | Determinar la pertinencia de observadores/ministros de fe/mediadores | | |
| Entrega de información y difusión del proceso | Entregar todos los antecedentes de la medida a consultar: justificación, la naturaleza de la medida, su alcance e implicancias | Órgano responsable de la consulta | Se debe realizar al menos una reunión por medida a consultar. La información debe ser oportuna, en la lengua del pueblo consultado y debe ser entregada con pertinencia cultural |
| | La información de la medida a consultar y del proceso de consulta deben ser actualizados permanentemente | | |
| Deliberación interna de los Pueblos Indígenas | Los pueblos indígenas analizan, estudian y determinan sus posiciones respecto de la medida consultada | Organizaciones representativas de los pueblos | Debate y consenso interno. |
| Diálogo | Propiciar la generación de acuerdos respecto de la medida consultada a través del contraste de argumentos | Órgano responsable y organizaciones representativas de los pueblos indígenas | Todas las reuniones que sean necesarias, con pertinencia cultural. |
| | | | Tanto acuerdos como desacuerdos y las acciones de seguimiento, deben ser registrados en actas |
| Sistematización, comunicación de resultados y término del proceso | Elaboración de un informe final del proceso que incluya: la evaluación de procedencia del proceso, cada una de las etapas desarrolladas y los acuerdos/desacuerdos establecidos y acordados. | Órgano responsable de la consulta | El informe debe ser respaldado por un registro detallado de cada acción realizada en cada una de las etapas del proceso. Incluyendo estos respaldos en la sistematización y expediente del proceso. |

Tabla III: Resumen de etapas y aspectos relevantes del proceso de consulta previa indígena. Elaboración propia

El espacio de consulta, de acuerdo a la descripción este reglamento, va mucho más allá de lo que efectivamente significa la consulta indígena en Chile. La consulta indígena no es un proceso vinculante, por lo que, ni los acuerdos/desacuerdos, ni el consentimiento/rechazo –en caso de existir- son definitivos en el proceso de debate legislativo o aplicación de una medida administrativa. Es decir, las organizaciones pueden – y lo hacen- rechazar un proyecto de inversión en su territorio o el resultado de proceso consultivo sobre la constitución y, de igual manera, el gobierno de turno puede tomar la decisión en contra de la voluntad manifiesta de las personas consultadas, de enviar el proyecto de ley al Congreso o de votar una Resolución de Calificación Ambiental para una hidroeléctrica, esto último lo revisaremos en el siguiente apartado (Peralta, 2017; Astudillo, 2017).

Decreto Supremo 40, año 2013. Ministerio del Medio Ambiente

De manera paralela a los procesos desarrollados por el gobierno para reglamentar la consulta indígena general, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) desarrolló el proceso de consulta para la reglamentación de la Consulta Previa Indígena para proyectos de inversión –públicos o privados-

que puedan afectar a miembros y/o organizaciones de pueblos indígenas (Ministerio del Medio Ambiente, s.f.).

Al igual que lo sucedido con la propuesta del DS.66, el proceso de consulta desarrollado por SEA tiene entre sus principales críticas la metodología implementada, la convocatoria desarrollada por el servicio, los plazos del proceso y el efectivo debate entre las autoridades y los indígenas consultados. Este proceso fue también denunciado por las organizaciones indígenas ante tribunales de justicia y contraloría apelando a que el reglamento no se apegue a los estándares impuestos por OIT, no llegando a puerto los recursos presentados. Es por esto, que el DS.40 titulado: “Reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental” fue publicado por el primer gobierno de Piñera en agosto de 2013, con serias críticas respecto de su origen y contenido (Urrejola, 2014).

El DS.40 en su articulado general contiene algunas especificaciones respecto de los procedimientos de consulta previa Indígena al interior del Sistema de Evaluación e Impacto Ambiental (SEIA), definiendo la pertinencia o no de los proceso de consulta, esto, cada vez que se cumpla con una serie de requisitos ahí expresados, como por ejemplo: el reasentamiento de comunidades humanas, alteración significativa de los sistemas de vida, o cuando el proyecto represente una alteración de patrimonio cultural, entre otros (Ministerio de Medio Ambiente, 2013). La decisión de cuándo consultar o no un proyecto de inversión, recae –según reglamento- en las autoridades del SEA, considerando la consulta como un espacio de diálogo ciudadano con foco indígena. Una vez definida la pertinencia de consulta, esta debe regirse por las etapas establecidas en el Reglamento DS. 66 de MIDESOCC.

Lo anterior da cuenta de un claro límite impuesto a la idea de “susceptibilidad de afectación” convocada en el Convenio 169 OIT, toda vez que el reglamento DS.40 en su artículo 8 define la afectación indígena de la inversión exclusivamente para aquellos casos en que el proyecto se emplace “en o próxima” a población indígena, es decir, bajo el “*área de influencia*” definida por el titular del proyecto en su informe de línea base o por el SEA en su análisis de la propuesta. En este sentido, el reglamento limita la idea de susceptibilidad definiendo arbitrariamente no solo cuándo consultar, sino quiénes deben ser consultados y en ese sentido, definiendo verticalmente, quiénes son afectados por los proyectos.

De acuerdo a lo anterior, existe una clara posibilidad de omisión de afectación -y por ende, de la Consulta- tanto de parte del titular del proyecto como desde SEA. Esto significa que muchas personas y organizaciones indígenas se han enterado de los proyectos de inversión en sus territorios cuando el titular ya ha obtenido su Resolución de Calificación Ambiental (RCA). Lo anterior puede ser subsanado por medio de la solicitud directa de realización de consulta por parte de las comunidades indígenas afectadas al SEA, servicio que estudiará la pertinencia y, en caso de proceder- solicitará la realización del procedimiento, deteniendo el proceso de evaluación o suspendiendo el proceso de evaluación de la RCA para la realización del estudio del caso. Situación que trae efectos respecto de la RCA obtenida y en muchas ocasiones, judicializando los procesos de inversión.

Es importante destacar que, según la envergadura de los proyectos, estos ingresan al SEIA en dos formatos: Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para proyectos pequeños y Estudios de Impacto Ambiental (EIA) para proyectos de gran envergadura. En ambos formatos, es el titular del

proyecto quien debe declarar, en primera instancia, la afectación indígena en caso de existir. Pero, solo las EIAs son materia de Consulta y Participación ciudadana, por lo que aquellas que no reúnen los requisitos suficientes para definir una afectación indígena, deberán desarrollar procesos de participación ciudadana abiertos y no exclusivos (Peralta, 2017; Leppe, 2015).

A partir de lo anterior, el DS40 no solo define en los procesos de participación y diálogo ciudadano: qué hacer cuando la población afectada es indígena; sino que además, la participación y consulta estarán referidas -de manera específica- al debate respecto de las medidas, compensaciones y mitigaciones propuestas por el titular del proyecto para sopesar las afectaciones tanto, ambientales o en las formas de vida de las poblaciones aledañas, que su propuesta de inversión pueda generar. En este sentido, el SEA se convierte en una institución estatal que cumple el rol “ventanilla” de mejoras de los proyectos –privados o públicos - presentados a evaluación, modificando por medio de adendas, las medidas compensatorias propuestas (Peralta, 2017).

De manera específica, el artículo 85. Define la consulta a pueblos indígenas en el SEA de la siguiente manera:

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente. (Ministerio de Medio Ambiente, 2013)

De acuerdo a lo revisado, es posible plantear que la realización de correctos y efectivos procesos de consulta indígena en proyectos de inversión, depende no solo del cumplimiento del reglamento, sino que de los funcionarios del servicio a cargo de la participación ciudadana indígena, este caso el SEIA. En este sentido, es de suma relevancia la voluntad política del encargado del proceso, su manejo respecto de los reglamentos vigentes y por supuesto, su perspectiva sobre de los derechos de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la inversión.

Desde la publicación del DS.40 a la fecha, la judicialización de los procesos de inversión a partir de la omisión del derecho a consulta indígena, ha sido la principal estrategia de las organizaciones y comunidades indígenas para hacer frente a la intervención/inversión de y en sus territorios (Urrejola, 2014; PwC Consultores, s.f.).

Por otro lado, es sumamente importante recordar que los procesos de consulta previa indígenas son exclusivamente entre el órgano consultor y las persona/organizaciones indígenas afectadas, quedando fuera de la deliberación el tercer integrante de esta contienda, en este caso, el inversor: público y/o privado. Este vacío reglamentario, en el caso de los proyectos de inversión, tiene dos versiones que son omitidas en ambas reglamentaciones: 1) cuando el inversor es estatal: el interesado y el consultante son parte de un mismo gobierno, y 2) cuando el inversor es privado, no incurre en irregularidades si es que este decide negociar directamente con los miembros y/o las organizaciones afectadas -de manera previa o simultánea al proceso de evaluación ambiental-, logrando que estas cedan ante la inversión. Ambas situaciones pueden ser traducidas como conflicto de interés y por tanto, faltas a la buena fe del proceso, derecho internacional ratificado por Chile y que debiese ser resguardado por los gobierno¹¹.

De acuerdo a lo anterior, mirar el proceso de consulta previa para la inversión en territorio indígena sin un enfoque intercultural crítico, es no comprender la situación de desigualdad social, política y económica que históricamente enfrentan los pueblos en espacios de pugnas de poder, como por ejemplo la evaluación ambiental, donde se presenta la dicotomía: inversión versus territorio, capital versus cultura, es decir: “progreso” versus “preservación”. Omitir esta situación de violencia estructural, discriminación y vulneración sería desconocer la lucha de los pueblos indígenas, no solo contra la imposición cultural e ideológica del Estado, sino que también contra la segregación económica de la que han sido víctimas. Estos espacios de reconstrucción de poder, desde los que las personas y organizaciones indígenas resguardan sus prácticas y territorios son, por tanto, reivindicaciones tanto culturales, como políticas y económicas, defendiendo lo que por reglamento es comprendido como “sistema de vida”. Esta defensa se ejerce por medio del ejercicio de la autonomía: capacidad de decisión sobre sus territorios y cultura, el cual solo podría ser un derecho efectivo en la medida en que las personas y/o organizaciones indígenas no sean víctimas de presiones/intervenciones externas por parte de 3eros interesados en la inversión y/o intervención de los territorios.

IV. Interrogantes y Temas pendientes

Tal como hemos podido apreciar, la complementariedad entre los DS.66 de MIDESOCC y el DS.40 de Medio Ambiente, residen de manera específica en el establecimiento de un mecanismo único y plazo específicos para los procesos de consulta previa indígena en Chile. Es por esto que, una vez revisadas en detalle cada una de las reglamentaciones y sus etapas, en el siguiente apartado esperamos resolver no solo dudas y críticas, sino que proponer también temas que aun consideramos pendientes sobre el Derecho a Consulta Indígena en Chile y su regulación.

¹¹ Visto en: <https://www.icsoc.cl/columnas/cual-es-el-rol-del-estado-en-los-conflictos-etno-ambientales/>

¿A quiénes aplica esta obligación de Consulta Previa Indígena?

Según reglamento, la consulta previa indígena es una obligación de los gobiernos y por tanto, del Estado de Chile, contemplando en esto a la mayor parte de los servicios del Estado, incluyendo —a diferencia del DS.124— a los organismos constitucionalmente autónomos del Estado, es decir, el DS.66: incluye desde ministerios y gobiernos regionales hasta el Congreso, el Poder Judicial, los municipios y las empresas del Estado, entre otros. Estos últimos, ingresan en el reglamento bajo el ART.4 de la siguiente manera:

“Para los efectos de cumplir con la obligación de consulta, los órganos constitucionalmente autónomos podrán sujetarse a las disposiciones del presente reglamento. Sin embargo, no se entenderán exentos del deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando ello sea procedente en conformidad a la legislación vigente.” (Ministerio de Desarrollo Social, 2014)

Pese a lo anterior, y de acuerdo a la experiencia de consulta en Chile, podemos asegurar que organismos constitucionalmente autónomos como: el Congreso, las empresas del Estado y varios servicios del poder judicial y algunas municipalidades, entre otros; no han hecho uso del deber de consulta previa para hacer partícipes a las personas y/o organizaciones indígenas que puedan ser afectadas por las medidas legislativas o administrativas que ingresaran a debate o simplemente, serán implementadas por los organismos autónomos. Lo anterior significa no solo que el Estado ha dejado de cumplir con un deber impuesto por normativa internacional, sino que además se está violando una serie de derechos fundamentales de los pueblos indígenas: la consulta, participación y acceso a la información de manera previa y libre.

¿La normativa aclara qué debe hacer la institucionalidad para evitar proceso de consulta paralelos a nivel territorial?

La normativa del DS.66 establece que los organismos responsables son quienes definirán su forma de organizar las consultas a nivel territorial, esto quiere decir que establecerán dinámicas, recursos y capacidades (humanas y técnicas) para implementar el proceso. De acuerdo con lo anterior, en el primer paso, los organismos definirán los participantes y la cobertura del proceso, es decir, si la consulta es nacional o si es de carácter local, y a partir de esto, definir a quienes convocarán a participar en cada territorio según su afectación (Ministerio de Desarrollo Social, s.f.).

En este sentido, es posible apreciar que ni el reglamento de consulta, ni la “Guía de orientaciones metodológicas” del Ministerio de Desarrollo Social, dan cuenta de un espacio institucional de carácter centralizado que coordine de manera interministerial la realización de las consultas previas indígenas en Chile. Pese a eso, sabemos que, desde 2014, en MIDESOC fue implementada, por la presidenta Bachelet, la Unidad Nacional de Consulta y Participación Indígena (UCAI), que en su documento de resolución exenta N° 387 de MIDESOC (Ministerio de Desarrollo Social, 2014), define entre sus funciones la finalidad entregar soporte técnico y de coordinación para los procesos de consulta y/o participación indígena en Chile, además de ser responsabilidad de esta unidad la definición de cuándo debe proceder a la realización de un proceso consultivo por parte del Estado. De acuerdo a lo anterior, se entiende que la UCAI es quien tiene la obligación de coordinar a los organismos que pueden/deben realizar consultas previas indígenas y por lo tanto,

es este único servicio quien tiene la capacidad de vislumbrar de manera anticipada la superposición territorial y temporal de los procesos de consulta de distintos organismos del Estado.

Pese a lo anterior, hemos podido apreciar que desde 2015 a la fecha, se han realizado de manera paralela procesos tanto nacionales como locales de consulta indígena, superponiendo no solo los territorios y horarios de reuniones, sino que convocando a las mismas personas para más de una consulta a la vez. Esto, sin dimensionar los costos que significa tanto para el Estado como para las organizaciones. Participar de una consulta implica tiempo de traslado y de reuniones; aprendizajes y comprensión sobre la materia a consultar; dinero para transporte, reuniones autoconvocada y ausencias laborales; coordinación de las organizaciones convocadas para su representación y debate interno, entre otros (De Cea & Peralta, 2018).

Según consta en el diario oficial del día 25 de abril de 2018 (Ministerio de Desarrollo Social, 2018), el gobierno de Sebastián Piñera decidió modificar la resolución N° 387, suprimiendo el cargo de Coordinador(a) Nacional de Consulta y Participación Indígena, reemplazándolo en su labor el Asesor(a) Especial para los Asuntos Indígenas, quien es el Secretario(a) Ejecutivo(a) del Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas¹². Esto, con la intención de hacer más eficiente la administración de los procesos de consulta y participación indígena en Chile.

De acuerdo a la experiencia de consultas en Chile, es posible afirmar que la duda sobre cómo la institucionalidad evita la realización de procesos de consulta paralelos a nivel territorial, ya sean estos nacionales o locales, es aún un vacío en términos legales y prácticos que sigue afectando la posibilidad de participación y por tanto, de información, priorización, debate y consentimiento, para los miembros de los pueblos indígenas en el país.

¿Cuándo se Consulta?

- a)** En caso de una medida administrativa se debe consultar antes de dictarla y en el caso de una medida legislativa, debe ser consultada antes de enviarla al Congreso (en este reglamento –a diferencia del DS N°124- se plantea como una exigencia la consulta de mociones legislativas enviadas desde el ejecutivo).
- b)** En el caso de los proyectos que ingresan al SEIA, la consulta debe ser desarrollada en el marco del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental y bajo el procedimiento apropiado, o sea, se establece la flexibilidad del proceso y además define la convocatoria como una exigencia. Se incorpora el requerimiento de un expediente en que se dé cuenta de lo sucedido en las reuniones y talleres. Se establece la consulta como una obligación desde el Estado hacia las organizaciones indígenas y sin presencia del titular del proyecto (esto lo abordamos en el apartado específico respecto del DS.40 del Ministerio de Medio Ambiente).
- c)** Se establece que los órganos constitucionalmente autónomos no están exentos del deber de consulta. En caso de no acogerse a la normativa propuesta, no se encuentran eximidos de su deber de consulta y deberán buscar un mecanismo que les permita cumplir con su deber.

¹² Conformación del Consejo de Ministros para Asuntos Indígenas, revisar en: http://www.mma.gob.cl/transparencia/mma/doc/DFL4_plantaMMA_SEA.pdf

- d) Se establecen mecanismos que permitan a los pueblos solicitar la consulta –en caso de no ser convocada- directamente al organismo del estado encargado de la medida y éste tendrá 20 días para responder a la solicitud respecto de la necesidad de consulta o a través de CONADI.

Tal como hemos revisado, es posible que los organismos del Estado omitan el derecho a consulta indígena de las personas y/o organizaciones afectadas, lo cual –según reglamento- puede ser subsanado por medio de la solicitud de consulta realizada directamente por las personas afectadas hacia los organismos responsables. Frente a este escenario es posible asegurar que en Chile se ha legislado y aprobado/implementado medidas administrativas que afectan directa o indirectamente a miembros de pueblos indígenas, con la omisión de consulta previa de los servicios y organismos autónomos. Situación que no siempre puede ser subsanada por la solicitud de consulta a los servicios, sobre todo en casos de medidas administrativas como por ejemplo los proyectos de inversión, donde algunas comunidades indígenas se han enterado –por su condición de aislamiento- de la intervención de sus territorios, solo cuando que las empresas llegan a instalar sus faenas. En estos casos las organizaciones solo tienen como resguardo la judicialización de los procesos -aunque no todos los recursos son acogidos por la justicia-, tal como ha sucedido con el proceso de implementación del tan anunciado Plan Impulso Araucanía del actual gobierno de Piñera, donde se impone desde el ejecutivo la implementación de una serie de medidas que afectan de manera directa no solo a la población indígena de la región de la Araucanía, sino que de todo el país, por medio de propuestas con foco empresarial que buscan modificar la Ley indígena, la Constitución, el Código de Aguas, entre otras herramientas legales¹³, frente a esto, las organizaciones se vieron forzadas a emprender acciones legales en contra del ejecutivo para detener la implementación de este programa de política pública a nivel territorial.

¿Cuál es la temporalidad de los procesos de consulta?

A partir de la revisión del reglamento de consulta, es posible identificar, en el artículo 17, la definición de los plazos para cada tipo de proceso de consulta, es decir: para las consultas sobre medidas legislativas, cada una de las etapas debe durar como máximo 25 días hábiles, completando el proceso en 125 días; Por otro lado, para el caso de medidas de carácter administrativo –incluidas las consultas ingresadas a través de SEIA- cada una de las etapas debe durar como máximo 20 días hábiles, llegando a un total de 100 como límite.

Pese a lo anterior, el órgano consultante puede flexibilizar los plazos del proceso con la finalidad de adecuarse a las circunstancias y necesidades de las organizaciones indígenas consultadas. Es importante destacar que esta solicitud debe ser realizada por los pueblos indígenas en la etapa de planificación del proceso, por lo que estas extensiones deben ser negociadas antes del inicio de la etapa II: entrega de información. Lo cual implica una dificultad sumamente relevante: prever la necesidad de mayor tiempo para los debates y etapas contempladas en el proceso.

Lo anterior ha significado importantes desencuentros entre consultantes y consultados, toda vez que estos últimos no logran prever la necesidad de una extensión de plazos para las etapas venideras del proceso de consulta, dándose cuenta –en algunas ocasiones- que los tiempos pactados no son suficientes para cumplir con las etapas impuestas desde el ejecutivo, generando

¹³ Visto en: <http://www.mapuexpress.org/?p=26287>; <https://ciperchile.cl/2018/11/26/plan-araucania-los-errores-de-la-politica-publica-en-el-conflicto-mapuche/>.

diferencias con el organismo consultante, que, en su mayoría, serán resueltas según la “voluntad” de él/los funcionarios a cargo del proceso (Caniuqueo & Peralta, 2016).

Es por esto, que el artículo 17 del reglamento no solo entrega la respuesta a la pregunta sobre los límites temporales de la Consulta Previa, sino que además funda uno de los principales motivos de crítica a este reglamento: la imposición de tiempos para cada etapa y la imposición de un momento específico del proceso para solicitar la flexibilización de los plazos para el desarrollo de la consulta. Esto, no puede ser visto de otra manera que no sea el foco de las dinámicas de poder, estableciendo por reglamento la imposición de un modelo que carece de pertinencia cultural y territorial, pero además, omitiendo también que existen temas de consulta y por tanto, de debate interno, que implican la necesidad urgente de mayor flexibilidad temporal para su realización.

Dentro las obligaciones implícitas en la ratificación de mecanismos internacionales de DD.HH. colectivos, existe la necesidad del ejercicio de empatía y por ende, de interculturalidad, por parte de los gobiernos. En este sentido, es necesario comprender que los procesos de consulta son espacio donde se les solicita formalmente a los Estados, adecuarse a las necesidades de las personas y/o organizaciones indígenas para construir sus posiciones y argumentos para enfrentar los debates con el servicio consultante.

De acuerdo a lo anterior, solo cuando el Estado logre comprender que: la consulta (como ejercicio) y el debate de la materia a consultar (como una decisión relevante para los pueblos), son dos procesos conjuntos que pueden cambiar el destino de las organizaciones y personas indígenas que son susceptibles de ser afectadas, el derecho a consulta y participación indígena cumplirá con los requisitos mínimos para configurarse como un deber cumplido por los gobiernos y un derechos ejercido por las organizaciones.

¿Cuáles son las instituciones representativas?

El reglamento entiende por instituciones representativas lo definido por el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6 y en la Ley indígena 19.253, pero además, se considerarán aquellas instituciones que de manera libre los pueblos convocados definan como representativas. Tal como lo planteó Abogabir en el Conversatorio desarrollado por el gobierno de Piñera I, en diciembre de 2013: “[...] cada pueblo deberá determinar libremente sus instituciones representativas, tales como las organizaciones indígenas tradicionales, comunidades indígenas o asociaciones reconocidas en conformidad a la ley 19.253.” (Peralta, 2013).

Además, las organizaciones que son afectadas pueden ingresar al proceso de consulta en cualquier etapa de éste, pero respetando los acuerdos que han sido logrados con anterioridad a su ingreso en el proceso. Para el caso de medidas administrativas que estén siendo evaluadas por medio del SEIA, las organizaciones omitidas de la convocatoria pueden solicitar proceso de consulta independiente de la etapa en que otras organizaciones estén siendo consultadas, accediendo a procesos de consulta diferenciados por organización.

De acuerdo a lo anterior, el debate respecto de las “instituciones indígenas representativas” es sin duda uno de los temas más urgente de abordar, toda vez que la organización indígena en Chile se conforma, principalmente, de dos maneras que no son excluyentes entre si: 1) organización ancestral y 2) organización funcional a través del registro de CONADI (De Cea, et al., 2016). El

segundo tipo de organización, definido por medio de la Ley Indígena 19.253 como: comunidades u organizaciones indígenas con presidentes, vicepresidente y secretario electos por votación, es comprendido como el resultado de un proceso que nace en la expropiación, reducción y división de tierras desde la imposición del Estado y que se ha mantenido hasta la actualidad. Siendo, sin duda, la occidentalización de la institucionalidad indígena la principal herramienta para reconfigurar las lógicas ancestrales de los territorios y por ende, para romper con la organización ancestral, sus jerarquías, herencias y cultura.

Tal como sabemos, en la actualidad el movimiento indígena en Chile es sumamente variado, no solo en términos de los pueblos que de él participan (9 pueblos reconocidos por ley y una variedad de pueblos omitidos tanto de la legislación como de la política pública), sino que además por las lógicas organizativas que hoy los convocan: tradicionales, funcionales y políticas. De acuerdo a esto, al contexto socio-político y también económico, es que muchas organizaciones de carácter ancestral han resurgido a nivel territorial para defender y reconstruir sus prácticas culturales y su lógica de organización territorial, demostrando a través de la participación y/o movilización, la omisión de la que históricamente han sido víctimas. Tal como hemos planteado en apartados anteriores, hoy la judicialización de los procesos de consulta por convocatorias no realizadas (o mal realizadas), es una de las principales herramientas de defensa de las personas y organizaciones indígenas

¿Se definen normas asociados al uso de lengua indígena en los procesos de consulta?

El uso de la lengua del pueblo indígena consultado aparece en el reglamento de consulta en el artículo 16 letra b, donde se expresa que *“La información debe ser entregada oportunamente, en la lengua del pueblo indígena de ser necesario, empleando métodos y procedimientos socioculturalmente adecuados y efectivos”*. Lo que debe verse expresado en los materiales utilizados por el organismo consultante desde el momento de informar a los consultados sobre la medida en adelante.

Además, se entiende que en caso de ser necesario y/o solicitado por las organizaciones, los procesos de consulta, exceptuando la etapa de deliberación interna, deben contar con facilitadores interculturales, los que tienen por finalidad colaborar en el desarrollo de los diálogos de carácter intercultural, por lo que el uso de la lengua indígena será posibilitado y mediado por estos en el marco del debate incluyendo entonces todas las etapas del proceso. Los facilitadores, por tanto, deben ser legitimados por las organizaciones participantes y sus autoridades ancestrales y no elegidos unilateralmente por los servicios consultantes.

¿Cuál es el rol de CONADI en los procesos de Consulta Indígena?

Según el artículo 14 del reglamento de Consulta, la labor de CONADI es de “asistencia técnica” a los organismos del Estado que estén coordinando y/o ejecutando un proceso de consulta. Definiendo la “asistencia técnica” acotada a 3 materias específicas: [I] identificación de organizaciones indígenas y entrega de mecanismos de contacto para los servicios consultantes; [II] asesoría para garantizar la pertinencia cultural de los procesos; y [III] *“Cualquier otra acción de colaboración o apoyo que pueda brindar la Corporación dentro del ámbito de su competencia.”*

Lo anterior no evidencia de manera clara el rol que CONADI debiese cumplir respecto de la asesoría a las organizaciones indígenas involucradas en un proceso de consulta, omitiendo no solo las formas de financiamiento de estas asesorías, sino el resguardo de la calidad y pertinencia de los profesionales que apoyan procesos de consulta, particularmente en la etapa de deliberación interna de las organizaciones. Es importante destacar que los asesores interculturales no son necesariamente, las mismas personas que los traductores. Por lo que estos deben cumplir no solo con los requisitos de la lengua y aceptación por parte de las organizaciones consultadas, sino que además debe tener los conocimientos técnicos para poder explicar de manera clara y pertinente, las medidas a los consultados, garantizando el correcto entendimiento de estas.

En ese sentido, es sumamente importante que las organizaciones se sientan cómodas con el trabajo del asesor que ha sido escogido por ellos o asignado por el gobierno para acompañarlos en los procesos de consulta, la duda es: ¿cómo se garantiza la calidad de la asesoría?. Tal como es de esperarse en un sistema de carácter neoliberal, la asesoría intercultural por parte de profesionales chilenos o indígenas a comunidades en el marco de los procesos de consulta previa, se han convertido en un interesante mercado profesional, donde existen personas y consultoras que prestan sus servicios al Estado y por lo tanto, establecen precios por su trabajo, no así por la calidad de este. Aquí aparece otro tema pendiente: cómo se regula la calidad en el mercado de las asesorías profesionales a personas y/o organizaciones indígenas en el marco de la consulta previa.

¿Cómo se financian los procesos de deliberación interna de los indígenas consultados?

En el reglamento DS. 66 ni los recursos ni los mecanismos para su obtención son definidos en la etapa de deliberación interna, por lo que no queda clara la forma en que las organizaciones deben gestionar la solicitud de recursos o asesoría al gobierno.

Pese a lo anterior, en el artículo 9 correspondiente a la definición de buena fe, se establece que para el Estado la buena fe significará “[...] *la disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad [...]*”. Por lo que se da por entendido que las organizaciones tienen el derecho de solicitar apoyo y por tanto, recursos que faciliten sus procesos de deliberación interna.

Tal como hemos expresado con anterioridad, la buena fe, como una obligación de los Estados, se ha convertido en un deber que cada uno de los servicios implementa de manera diferenciada. Este tipo de reglamento permite entonces, la omisión de obligaciones por parte del ejecutivo, legislativo y judicial, que son la base del derecho a consulta previa como un espacio de simetría. El acceso a información clara y comprensible por parte de las organizaciones es un elemento central que debe ser resguardado por los gobiernos, convirtiendo la etapa de deliberación interna en la etapa más importante de la consulta indígena, ya que es ahí donde las organizaciones construyen y consolidan sus posiciones respecto de las medidas que están siendo consultada, y por tanto, su perspectiva colectiva de futuro en cuanto a sus formas de construir y reconstruir su cultura y territorio.

¿Existen normas sobre retroalimentación una vez que la consulta se cierra y la política pública es aprobada?

A lo largo de los procesos de consulta, el organismo consultante tiene la obligación de llevar registro de cada una de las etapas y por tanto, de las reuniones del proceso –exceptuando la deliberación interna-. La forma en que se lleve a cabo este registro será definida en conjunto por el organismo y los consultados en la primera etapa del proceso de consulta, y en cada una de las reuniones los intervinientes firmarán el acta manifestando su acuerdo con lo ahí expresado. Una vez llegada la 5Ta etapa del proceso de consulta, es decir, la “Sistematización, comunicación de resultados y término de la consulta”, todos los registros realizados por el organismo consultante y confirmados por los consultados, serán sistematizados por el servicio y servirán de “*insumo del contenido de la medida a adoptar*” (Ministerio de Desarrollo Social, s.f., 19).

Es en esta misma etapa del proceso de consulta, que los consultados y el servicio consultante deben establecer las acciones de monitoreo y seguimiento de los acuerdos y desacuerdos establecidos en el proceso. Este tipo de compromisos han sido realizado entre los gobiernos y las personas/organizaciones consultadas sin llegar a buen puerto, conocido es el caso de los “32 delegados comunales indígenas” de la Región de La Araucanía que participaron del Proceso de Consulta Previa para la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y Consejo(s) de los Pueblos, que se comprometieron con el gobierno de la presidenta Bachelet a hacer seguimiento de los procesos legislativos de aprobación de los proyectos pero que tuvieron dificultades de financiamiento para su traslado, alojamiento y asesoría, lo que se sumó a que el proceso legislativo iniciado en 2015 se mantiene hasta el día de hoy, lo que ha limitado la posibilidad efectiva de ejercer el derecho de los pueblos a la Buena Fe de los procesos.

¿Cuál es el mecanismo de consulta que utilizará el Congreso sobre mociones parlamentarias, cómo se consultarán los proyectos de ley?

El Congreso fue abordado en el apartado de Organismos Constitucionalmente Autónomos del Estado. Además, según el relato de Matías Abogabir, asesor especial de asuntos indígenas del primer gobierno de Piñera, hasta el año 2013 existió una comisión bicameral que se enfocó en el trabajo de Consulta Indígena para el Congreso, pero que cesó sus funciones en espera de la publicación de mecanismo de Consulta DS. 66.

Pese a lo anterior y a los 5 años que han pasado desde ese momento, el Congreso Nacional aún no cuenta con mecanismo de Consulta Previa Indígena para las mociones parlamentarias ni proyectos de ley que entran a debate en la institución y son modificados en su proceso. Lo anterior ha sido “subsanado” -en algunas ocasiones- por ambas cámaras y algunas comisiones, con la convocatoria a organizaciones indígenas interesadas y/o afectadas por los proyectos de ley que se están debatiendo. Pese a lo anterior, no está en claro los criterios que utilizan los Congresistas para definir con quiénes y cuándo conversar, omitiendo por tanto el derecho a consulta de la medida que efectivamente se convertiría en materia de ley.

Conclusiones

Como hemos podido revisar, desde la aprobación de los reglamentos se han manifestado aprensiones respecto no solo de los orígenes, sino que de los contenidos de los reglamentos de consulta vigentes –DS. 66 y 40- las que ponen en jaque la legitimidad de ambas regulaciones. En este apartado señalamos una serie de críticas que han presentado tanto organizaciones indígenas como diferentes organismos de DD.HH. tanto nacionales como internacionales a los reglamentos publicados en el primer gobierno de Piñera y que se mantienen hasta hoy¹⁴.

En primer lugar, es importante recordar la existencia –en ambos reglamentos- de artículos que no fueron consensuados por el gobierno con los participantes indígenas de los procesos de consulta desarrollados y que por lo tanto, dan cuenta de una redacción unilateral de parte del poder ejecutivo de turno (Peralta, 2013). Entre estos artículos del DS 66, se destaca la definición de afectación propuesta por el gobierno, la que, en su artículo 7, define la idea de impactos “significativos y específicos”, traduciendo este derecho a un espacio restrictivo de aplicación, en la medida en que se omite el proceso de consulta para toda aquella medida que no sea específica para pueblos indígenas. Un claro ejemplo de esto sucedió con la creación del Ministerio de la Mujer, donde el servicio no realizó proceso de consulta por no ser una afectación específica de mujeres indígenas. Es decir, se homologa –en muchas situaciones- la idea de especificidad a la de afectación¹⁵. Pese a lo anterior, esta situación no ha sido replicada por todos los ministerios o servicios consultantes, ya que hemos presenciado procesos de consulta como el del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, donde los pueblos debatieron con el ejecutivo las características del Ministerio en general y no solo en los aspectos específicos de pueblos indígenas (De Cea & Peralta, 2018).

Lo anterior, demuestra la flexibilidad del reglamento, permitiendo la consulta segmentada de los proyectos de ley, como es el caso de MINEDUC o MINSAL para sus programas específico de carácter intercultural y no así para el resto de sus reglamentaciones. Lo anterior, es una clara ventana de omisión, que se vuelve sumamente relevante para la justificación de exclusión del derecho a consulta para leyes o reglamentos de carácter general y sin afectación específica como son los casos de la Ley de Pesca, regulación forestal, Código de agua, etc.

En segundo lugar, es importante destacar que solo aquellos articulados que son definidos como “actos formales” de los servicios son definidos como medidas administrativas susceptibles de ser consultada. Tal como define el art 7.

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 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 [...]

¹⁴ Visto en: <https://radio.uchile.cl/2014/09/21/entre-criticas-e-incumplimientos-avanza-la-consulta-indigena-a-lo-largo-del-pais/>

¹⁵ Visto en: <http://www.mapuexpress.org/?p=1121>

En este sentido, nuevamente nos encontramos con la restricción del derecho de Consulta, toda vez que el organismo consultante es quien define la pertinencia del proceso de consulta, además, esta decisión solo aplica para medidas donde el servicio tenga capacidad de “discrecionalidad” omitiendo esta obligación para aquellas medidas de carácter reglado, como por ejemplo la instalación de una plantación forestal de pequeña envergadura o la autorización de proyectos de inversión que ingresen al SEA por medio de una Declaración de Impacto Ambiental [DEIA] y no por medio de un Estudio de Impacto Ambiental [EIA] (Peralta, 2017).

Por otro lado, respecto del mecanismo de consulta para inversión en territorio indígena los reglamentos permiten que existan proyectos de inversión que no ingresan a evaluación a través de SEIA, omitiendo procesos de consulta indígena que también debiesen ser obligatorios. Un claro ejemplo de esto son las materias regladas como planes de manejo forestal o algunos programas municipales. En este sentido, el SEA es un sistema que abre su discrecionalidad al interior del reglamento de participación e incluye la posibilidad de consulta previa indígena como un derecho (en que es el servicio quién define cuándo consultar y por qué).

Otro elemento pendiente en materia de inversión tiene que ver con que el reglamento no establece límites para la participación y/o castigo por intervención de los titulares de los proyectos de inversión en los procesos de consulta entre el Estado y las personas y organizaciones indígenas afectadas. Lo anterior se traduce en que hoy en día los titulares ofrecen -no solo de manera previa, sino que durante los procesos de consulta- arreglos de carácter económico a las comunidades y personas indígenas afectas, apelando a la división de las organizaciones y violando el principio de buena fe de los procesos (Peralta, 2017).

Por último, y tal como lo planteamos en el apartado de preguntas, la consulta indígena significa una obligación para el Estado y un derecho de las personas y organizaciones indígenas, lo que se traduce en un gasto tanto para el Estado, como para las personas convocadas y/o afectadas por las medidas propuestas. Tanto el Estado como las organizaciones invierten tiempo y dinero en los procesos de consulta indígena, situación que no es considerada por los reglamentos de consulta, toda vez que no queda claro, por un lado, la forma en que las organizaciones serán financiadas para la ejecución de su deliberación interna y el financiamiento del apoyo técnico como tampoco respecto de pasajes, bencina, peajes, etc.; y por otro, el presupuesto por parte del Estado definido para los gastos públicos asociados a la realización del proceso de Consulta, como por ejemplo: difusión, materiales, profesionales, sistematización, socialización de resultados, etc.

A partir de lo anterior, es posible vislumbrar de manera clara que en Chile el proceso de consulta previa indígena es un proceso de carácter referencial y no vinculante de toma unilateral de decisiones administrativas y/o legislativas por parte de los poderes de turno, donde los derechos establecidos a nivel internacional y ratificados por Chile a través de la firma de convenios y declaraciones a favor de los derechos colectivos de pueblos indígenas, no se traducen necesariamente en el respeto de los principios de buena fe, información, libertad y consentimiento que son obligación para los Estados y derechos de los pueblos.

En este sentido, la ratificación internacional de tratados no vinculantes como el caso de las Declaraciones ONU y OEA se convierten en meros “saludos a la bandera” de los derechos colectivos y no en derechos que los pueblos puedan ejercer de manera efectiva y práctica, por

medio de la participación de proceso consultivos que ratifiquen sus preferencias como necesidades, prioridades y visiones respecto de las medidas que sean susceptibles de afectarles.

Lo anterior significa, que los procesos de consulta previa indígena en Chile no son espacios efectivos de diálogo intercultural y que por tanto, la participación de las personas y/o organizaciones indígenas en estos procesos pueden ser traducidas como apoyo por parte de la ciudadanía indígena a las propuestas del ejecutivo y/o privados para el logro de medidas administrativas o legislativas que, en muchas ocasiones, pueden significar un perjuicio para los pueblos, motivando a las personas/organizaciones indígenas a no participar de los procesos consultivos emprendidos por el Estado.

Finalmente, la convocatoria a procesos consultivos no vinculantes amparados en el Convenio 169 de OIT y desarrollados a través de los mecanismos –y vacíos- existentes en el DS. 66, se convierten no solo en la piedra de tope para la participación efectiva y vinculante, sino que se convierten en espacios de manifestación de poder de las autoridades de los poderes del Estado, toda vez que los resultados de las consultas y por tanto, las medidas administrativas o legislativas que de ahí derivan, son propuestas unilaterales de las autoridades, nutridas por las visiones indígenas que de buena fe participaron de los procesos.

Referencias

- **Abogabir, M.** 2014. *Estudio de Caso Chile: Convenio 169 de la OIT y la consulta a los pueblos indígenas en proyectos de inversión*. Oficina Internacional del Trabajo.
- **Astudillo, L.** 2017. *¿Cumple Chile los estándares internacionales en materia de consulta a los pueblos indígenas?*. Estudios Constitucionales, Volumen 15 (N°1), pp. 129-152.
- **Aylwin, J. y otros.** 2010. *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*. Temuco. Observatorio Ciudadano.
- **Biblioteca Congreso Nacional.** s.f. *Marco normativo sobre consulta y participación indígena*.
- **Caniqueo, S. & Peralta, C.** 2016. *Taller sobre Consulta Indígena en Chile: Propuestas de reglamentos desde los propios actores*. Santiago, Chile. ICSO - UDP.
- **De Cea y Fuentes.** 2016. *La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile*. Santiago de Chile. RIL.
- **De Cea, M. y otros.** 2016. *Consulta previa a los pueblos indígenas sobre la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y Consejo(s) de Pueblos Indígenas*. Santiago, Chile. ICSO-UDP.
- **De Cea, M. & Peralta, C.** 2018. *Consulta indígena en dos sectores del aparato estatal en Chile: Desarrollo Social y Cultura*. Revista Culturales.
- **Duarte, P. & Irrázabal, A.** S.f. *La oscura aplicación de un convenio que no resuelve la deuda de Chile con los pueblos originarios*. Auditoría Social a los Sistemas de Justicia. Arica, Chile.
- **Fernández, J. E.** 2017. *Pueblos Originarios, Estado y Legislación: Propuestas Legislativas referidas a Materia Indígena (1990-2017)*. Santiago, Chile. Laboratorio Constitucional. ICSO-UDP.
- **Gobierno de Chile.** 2013. *Informe Trabajo Mesa de Consenso: Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT*. Gobierno de Chile.
- **Gouritin, A. & Aguilar, A.** 2017. *La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico desde el punto de vista de los derechos ambientales*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen VXII, pp. 291-327.
- **Instituto Interamericano de Derechos Humanos.** 2016. *El derecho a la consulta previa, libre e informada : una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de derechos humanos.
- **Lander, E. y otros.** 2000. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Primera edición. República Dominicana. CLACSO.

- **Leppe, J. P.** 2015. *Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa.* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XLIV, pp. 369-384.
- **Lopez Vyhmeister, R. & Mohr Aros, T.** 2014. *Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169: Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?.* Rev. derecho (Valdivia), pp. 105-126.
- **Ministerio de Desarrollo Social.**
 - 2014. *Crea la Unidad Nacional de Consulta y Participación Indígena.* Santiago.
 - 2014. *Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 n° 1 letra a) y n° 2 del convenio n° 169 de la organización internacional del trabajo y deroga normativa que indica.*
 - 2018. *Resolución exenta 319: modifica resolución n° 387 exenta, de 2014, de la subsecretaría de servicios sociales.* Santiago.
 - S.f. *Guía de orientaciones metodológicas.* Santiago. Gobierno de Chile.
- **Ministerio de Medio Ambiente.**
 - 2013. *Decreto 40: Reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental*
 - S.f. *Informe final de proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA, guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios.* Santiago. Gobierno de Chile.
- **Ministerio de Planificación.** 2009. *Decreto Supremo 124: Reglamenta el artículo 34 de la ley n°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas.*
- **Organización de Estados Americanos.** 2016. *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.*
- **Organización Internacional del Trabajo.** 1989. *Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo.*
- **Organización de Naciones Unidas.**
 - 2007. *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*
 - 2011. *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos.* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- **Peralta, C.**
 - 2013. *Minuta 19 de diciembre, seminario: Consulta de la Consulta.* Santiago, Chile.

- 2017. Conflicto etno-ambiental en el marco de la Consulta Indígena. Revista Estudios de Políticas Públicas, 6, pp. 177-194.
- **PRO 169 y Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.** 2013. *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Manual para los mandantes tripartitos de la OIT.* OIT
- **PricewaterhouseCoopers Consultores.** S.f. *Judicialización de proyectos y conflictos indígenas: cómo evitarlos?*.
- **Tribunal Constitucional de Chile.** 2000. *Sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309.*
- **Urrejola, A.** 2014. *Transcripción Seminario Internacional de Consulta Previa Indígena ICSO*
- **Viaña, J., Tapia, L. & Walsh, C.** 2010. *Construyendo Interculturalidad Crítica.* La Paz, Bolivia. Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello.