

I.- Sobre el mandato del Instituto Nacional de Derechos Humanos

El Instituto Nacional de Derechos Humanos -INDH-, es una corporación autónoma de derecho público creada en virtud de la Ley 20.405, que tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes del territorio nacional. Asienta el cumplimiento de su mandato institucional en los Principios de París, garantizando orgánica y funcionalmente su independencia, autonomía y pluralismo.

Constituyen funciones encomendadas por ley, entre otras, las de comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos y proponer a los poderes públicos las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos, consagrados en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional.

Acorde con las funciones descritas, la ley encomienda al INDH el deber de promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin que su aplicación sea efectiva (Ley 20.405 art. 3 numerales 2, 3 y 4).

En cumplimiento de dicho mandato y en ejercicio de sus facultades, el INDH ha desplegado desde su instalación (julio de 2010) un conjunto de iniciativas y actividades tendientes a contribuir a que se respeten y garanticen efectivamente los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país. Destacan, entre otras acciones, la realización de Misiones de Observación en comunidades indígenas en situación de vulnerabilidad y conflicto con el Estado¹; elaboración de documentos sobre proyectos e iniciativas normativas que dicen relación con dichos pueblos y que deben ajustarse a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado²; observación y seguimiento a juicios que involucran a integrantes del pueblo mapuche³; presentación de amicus curiae ante tribunales superiores de justicia; interposición de acciones de tutela de garantías constitucionales a favor de niños y niñas e integrantes de pueblos indígenas⁴. Adicionalmente, ha dado seguimiento a las obligaciones de respeto, garantía y protección que pesan sobre el Estado y formulado recomendaciones en todos sus Informes Anuales sobre estas materias (2010; 2011 y 2012).

¹ Misión de Observación Región de la Araucanía, 17 al 20 de enero de 2012; Misión de Observación a Trafún, Comuna de Panguipulli, 7 y 8 de marzo de 2012; Misión de Observación Temucuicui, Comuna de Ercilla, 17, 18 y 19 de agosto de 2012.

² El INDH ha presentado su opinión en relación al Reglamento del Servicio de Impacto Ambiental, la Ley de pesca, la Ley de Carretera Eléctrica y el deber de consulta general.

³ Caso "Fundos San Leandro y Tres Luces", RUC 0900033605-7, Lautaro; Caso "Tur Bus o By-Pass Grande", RUC 0900697670-8, Temuco; Caso "Peaje Victoria" RUC 090096218-2, Victoria.

⁴ El INDH interpuso acción de amparo ROL N° 604-2012, Corte de Apelaciones de Temuco, a favor de los niños MMQ, 13 años, JMM, 18 años, LM, 17 años y FLN, de 17 años, y tres varones mayores de edad, por hechos ocurridos el 23 de julio de 2012, en las inmediaciones del Hospital de Collipulli, en circunstancias que familiares de comuneros detenidos en la ocupación de un predio reivindicado por la Comunidad de Temucuicui, fueron heridos por impactos de proyectiles de perdigón. El INDH se ha hecho parte, apelado y alegado amparos deducidos por la Defensoría Penal Pública: a) por hechos ocurridos el 7 de junio de 2012, al interior del lof Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, que fue allanado en un operativo de carabineros en el que resultaron heridos siete comuneros mapuche, incluidos tres niños (GVM, 17 años; AVM, 15 años; y AM, 10 años) y un anciano de 78 años (Rol N° 449-2012 Corte Apelaciones de Temuco; ROL N° 5.441-12, Corte Suprema); b) por el menor de la Comunidad de Temucuicui, comuna de Ercilla, FMM, por hechos ocurridos el 08 de diciembre de 2011, en circunstancias que la comunidad fue allanada en un vasto operativo policial. El INDH interpuso acción de tutela de protección de garantías constitucionales (ROL N° 127-2012, Corte de Apelaciones de Temuco), en relación a hechos ocurridos el 10 de enero de 2012 con motivo de la interrupción de tránsito en la Carretera Panamericana Cinco Sur, en el sector de Metrenco, Comuna a de Padre Las Casas. La intervención policial derivó en transgresión de derechos de niños y niñas de la Comunidad José Jineo, Sector Rofué, comuna de Padre Las Casas. Entre las personas afectadas se encuentran: SLP, 13 años, JLP, 9 años, AQP, 2 años 6 meses.

El INDH ha señalado que el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y su plena vigencia representan un desafío para el Estado, el que debe avanzar en establecer relaciones construidas desde el reconocimiento de la diversidad y pluralidad cultural de nuestra sociedad⁵.

II.- Mandato de la observación.

El INDH recibió de parte de representantes de los pueblos indígenas y del Poder Ejecutivo una invitación con el objeto de participar en calidad de observador de las negociaciones llevadas a cabo en el seno de la denominada “Mesa de Consenso para discutir la propuesta de gobierno para una nueva normativa de consulta y participación indígena, de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la OIT” (En adelante la Mesa de Consenso).

El Consejo del INDH, en mérito de sus facultades y mandato legal dispuso aceptar dicha invitación y realizar una Misión de Observación al proceso llevado a cabo. Dicho mandato se extiende exclusivamente a la observación de las negociaciones llevadas entre representantes de pueblos indígenas y del Poder Ejecutivo y se enmarca en los principios y normas que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos para los pueblos indígenas⁶.

El INDH desea en primer lugar expresar sus agradecimientos a la invitación formulada tanto por los representantes de los pueblos indígenas como por los del Poder Ejecutivo, que entendemos es la expresión de la confianza que representa la labor desplegada por nuestra institución en cumplimiento al deber de promover y proteger los derechos humanos en el país. Al mismo tiempo valora los esfuerzos desplegados por los convocantes, los que se inspiran en el consenso alcanzado por superar la actual reglamentación contenida en el DS 124 de MIDEPLAN, que como ha sido sostenido por organizaciones y dirigentes de los pueblos indígenas, así como por el Congreso de la República, nuestra institución, y el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, constituye una norma que contraría las obligaciones del Estado en esta materia.

Los objetivos diseñados para la observación son:

- Recabar información y antecedentes sobre el proceso de diálogo y negociación llevado a cabo en el seno de la “Mesa de Consenso”.
- Elaborar un informe sobre el proceso de negociación a los fines de identificar las fortalezas y debilidades de los esfuerzos desplegados por representantes del Poder Ejecutivo y pueblos indígenas a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.
- Elaborar un informe sobre el contenido y resoluciones adoptadas en el marco de la Mesa de Consenso con el objeto de evaluar su adecuación a la normativa internacional aplicable al caso.

III.- Informe Intermedio

Realizadas al mes de abril de 2012 tres rondas de negociaciones, se ha estimado pertinente por parte del INDH, emitir el presente Informe intermedio, a fin de colegir comentarios preliminares con el objeto de identificar aspectos que se estiman críticos y que requieren de mejoras.

El presente Informe intermedio, sólo se pronuncia respecto de lo relacionado con el procedimiento aplicado, en consideración a que los asuntos de contenido en torno a las propuestas de regulación de la consulta previa, están aun pleno debate y desarrollo.

⁵ Cfr. Informes Anuales 2010; 2011 y 2012.

⁶ Para estos fines el Consejo INDH, comisiona a participar en dicha instancia y en esa calidad a su Consejero Sr. Sergio Fuenzalida y al integrante del Consejo Consultivo del INDH, Sr. Pedro Cayuqueo, quien renuncia a este nombramiento con fecha 9 de abril de 2012. Se incorpora a esta misión el profesional de la Unidad de Estudios Federico Aguirre.

IV.- Sobre la obligación de establecer un mecanismo institucionalizado que garantice el deber de consulta previa

Uno de los desafíos que enfrenta el Estado en materia de garantía y protección de los derechos de los pueblos indígenas es la debida implementación de las obligaciones nacidas del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido el INDH ha señalado que la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, así como el actual desarrollo tanto de los estándares fijados por los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como de los órganos de control de tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH, imponen al Estado la obligación de consultar⁷ a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado 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. El deber de consulta constituye una pieza central dentro del Convenio 169 de la OIT y se enmarca en el derecho a la participación de los pueblos indígenas. Ello supone un cambio en el paradigma de relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas que, asentado en el reconocimiento de derechos, coadyuva al entendimiento y la solución consensuada a eventuales conflictos⁸.

Específicamente en relación al deber de consulta previa, en su primer Informe Anual (2010), el INDH señaló que todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación del Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo referido a la institucionalización del derecho a la consulta y la participación, de acuerdo a los estándares que el derecho internacional de los derechos humanos establece sobre esta materia⁹.

El año 2011 reiteró que el “[d]eber estatal de consulta previa debe ser adecuadamente regulado de conformidad a los principios establecidos por el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, mediante un mecanismo institucionalizado, a fin de garantizar los principios de legalidad y certeza jurídica. Sin embargo, la ausencia de dicha regulación no exonera el Estado del deber de realizar la consulta previa sobre aquellas medidas de origen administrativo o legal que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas”¹⁰.

Si bien este deber procede con independencia de que existan o no desarrollos normativos internos que la contemplen, existe un cierto consenso en que los ordenamientos de los países se deben dotar de mecanismos institucionalizados que permitan llevar a cabo la consulta previa. Así por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT -CEACR-, en la Observación General sobre el Convenio 169 (2009), ha señalado que “[c]onsidera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan, de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de esos pueblos”¹¹. A la misma conclusión ha llegado la Comisión IDH quien ha señalado que “[e]l cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas

⁷ Dicha obligación emana igualmente del cumplimiento de las recomendaciones formuladas por los órganos de control de tratados al Estado de Chile, aun antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas. Se pueden mencionar las formuladas por el Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 62 letra c; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007, párrafo 19 letra c; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafos 16 y 22; Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Conclusiones y recomendaciones, A/HRC/WG.6/5/CHL/2, 9 de marzo 2009, párrafo 57. A nivel de mecanismos especiales del sistema de Naciones Unidas, Anaya, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

⁸ INDH. Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile. 2011. Pág.36.

⁹ INDH. Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile. 2010. pág. 165.

¹⁰ INDH. Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile. 2011. Pág.38

¹¹ CEACR, Observación General sobre el Convenio 169 (2009). Consultado en normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Nuñez; Manuel (Director). Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte, 2010. Píe de pág., n° 147, pág. 444.

o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber”¹².

Más aun, se ha estimado que “[l]a ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta”¹³.

En el mismo sentido, el Comité contra la Discriminación Racial ha recomendado que se regule de manera concertada con los pueblos indígenas “[u]na legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio No 169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes del CEACR de la OIT, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado de las comunidades afectadas”¹⁴.

Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en sus comentarios sobre la propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta y participación indígena, ha afirmado que dicha iniciativa “[r]epresenta un importante paso hacia la necesaria regulación interna del deber de consulta”¹⁵.

En conclusión, corresponde al Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, no obstante la plena ejecutabilidad y vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores¹⁶.

IV. Antecedentes de la Mesa de Consenso

La Mesa de Consenso se inscribe dentro de los esfuerzos gubernamentales por reemplazar el “Decreto Supremo 124/2009 del MIDEPLAN de Reglamento Provisorio de Consultas”, y con ello avanzar en la dirección de regular y ajustar la normativa de consulta a los estándares internacionales de derechos humanos.

Esta iniciativa ha estado precedida por otros esfuerzos encaminados a la misma finalidad los que se han visto frustrados persistiendo un déficit institucional al carecer el ordenamiento jurídico nacional de una regulación interna en esta materia.

El 8 de marzo de 2011, el Poder Ejecutivo anunció la denominada “Consulta sobre Institucionalidad Indígena” que tuvo por finalidad someter a consulta previa los siguientes temas: 1) propuesta de nueva institucionalidad indígena que reemplazará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -CONADI-; 2) reconocimiento constitucional; 3) consulta sobre la propuesta del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental -SEIA- que incluye un procedimiento de participación o consulta indígena como parte del proceso de evaluación de determinados proyectos de inversión; y 4) regulación normativa del procedimiento de consulta¹⁷.

¹² Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09.30 diciembre 2009. Párr. 298.

¹³ Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09.30 diciembre 2009. Párr. 299.

¹⁴ CERD. Colombia: CERD/C/COL/CO/14, 28 de agosto de 2009. párr. 20.

¹⁵ Anaya, James. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para la nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Noviembre de 2012. Párr. 5.

¹⁶ Se adjunta Minuta INDH sobre el Deber de Consulta previa de 2011 en que desarrollan los principios concurrentes a la consulta previa de conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos.

¹⁷ Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág. 35.

Organizaciones, comunidades, autoridades ancestrales y dirigentes de los pueblos indígenas plantearon su rechazo y oposición a dicho proceso¹⁸. El Senado de la República¹⁹ y la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados²⁰ acogieron las demandas planteadas por representantes de los pueblos indígenas y solicitaron al Poder Ejecutivo la inmediata suspensión de las consultas indígenas, la derogación del Decreto Supremo 124, y formularon un llamado a que las futuras consultas se realicen con estricta sujeción al Convenio N° 169 de la OIT y a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas, particularmente en lo que dice relación con la necesidad de acordar previamente la forma de consultar y luego los temas que serán consultados²¹. El 1° de septiembre del año 2011 el Poder Ejecutivo informó la suspensión del proceso de consulta para concentrar sus esfuerzos en la definición del marco regulatorio de la misma²². El 6 de septiembre del mismo año, el Consejo de CONADI resolvió crear una comisión de consulta que prepararía un borrador de reglamento de consulta y convocaría a un proceso de “consulta de la consulta”.

El 8 de agosto de 2012, el Ejecutivo presentó al Consejo de CONADI la “Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena de Conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.

Entre los días 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2012 se llevó a cabo en la ciudad de Santiago el denominado “Gran Encuentro de Pueblos Indígenas”, el que reunió a 250 representantes indígenas²³ y contó con el apoyo logístico del Gobierno y la contribución técnica de Naciones Unidas. En dicho evento participó mediante video conferencia el Relator Especial James Anaya.

Dicha instancia se vio cuestionada por significativos sectores indígenas y finalmente sufrió el distanciamiento y escisión de numerosos representantes²⁴. No obstante ello, el Gobierno con aquellas organizaciones y representantes indígenas que se mantuvieron en el propósito de continuar el diálogo, acordaron establecer una Mesa de Consenso la que finalmente se constituyó en el mes de marzo del año en curso²⁵.

Se debe señalar que en el transcurso de todo este proceso, el Estado en paralelo, ha dado curso a propuestas legislativas y/o administrativas, que a juicio del INDH requieren de consulta previa como es el caso de la Ley de Pesca o que cuentan con procesos participativos deficitarios como es el caso del Reglamento de SEIA.

Adicionalmente, es un hecho notorio que importantes sectores indígenas se han restado de participar de esta instancia. Es el caso de dirigentes del Pueblo Rapa Nui (representantes electos de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, y representante electo Consejo Nacional Conadi,) quienes hicieron llegar su propia propuesta de consulta al Gobierno y mantienen firme su postura de reglamentar un proceso autónomo y propio para la Isla. Es también el caso del Pacto por la Autodeterminación Mapuche, que agrupa a organizaciones, dirigentes y autoridades tradicionales de la Novena Región (Ad-Mapu, Consejo de Todas las Tierras, Lonkos de Temuicui, Parlamento de Coz Coz, Temulemu, entre otros). Representantes del Pueblo Aymara igualmente han hecho público su rechazo a esta

¹⁸ “Encuentro de Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas 2011”, realizado los días 2 y 3 Mayo de 2012, en Santiago.

¹⁹ Oficio N° 1026/SEC/11. Boletín N° S 1.391-12, 3 de agosto de 2011.

²⁰ Oficios 300-43-2011 y 301-43-2011 de 16 de junio de 2011.

²¹ En la medida que parte del proceso de consulta era financiada a través de un proyecto que cofinanciaba la Unión Europea, los cuestionamientos formulados por las organizaciones indígenas y el Parlamento, implicaron que la UE congelara los aportes destinados a esta iniciativa. Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág.31.

²² http://www.consultaindigena.cl/articulo010911_1.html “Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena”. 1° de Septiembre de 2011

²³ Cfr. http://www.consultaindigena.cl/articulo170113_1.html

²⁴ Cfr. <http://aureliennewenmapuche.blogspot.com/2012/12/consejero-indigena-rapa-nui-se-resta-y.html>

²⁵ Cfr. Solicitud de representación en calidad de observador de los Delegados de pueblos indígenas y representantes del Gobierno. http://www.consultaindigena.cl/otros%20documentos/130228092726_0001.pdf

iniciativa²⁶, lo mismo que la instancia de Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados²⁷.

A ello se suma la negativa de los representantes indígenas en la Mesa de Consenso a sumar a quienes han solicitado su incorporación a dicha instancia. Es el caso de la ADI de Ercilla; Representante Diaguita de la Comuna de Vallenar; Representante Aymara de la Región de Tarapacá agrupadas en la organización COPRAY²⁸. Se debe agregar que el INDH con fecha 26 de marzo del año en curso recibió de parte de la Asociación Mapuche para el Desarrollo Integral -ENAMA- una carta en la que denunciaba la expulsión de la que fueron objeto.

V.- Desarrollo de la mesa de Consenso

A la fecha de este Informe intermedio, la Mesa de Consenso ha sesionado en tres oportunidades en la ciudad de Santiago. Los días 12 y 13 de marzo; 25, 26 y 27 de marzo y 9 y 10 de abril.

En la primera sesión se firmó un “Protocolo de buenas intenciones” el que se funda en el consenso por reemplazar el DS 124 e iniciar un diálogo de buena fe.

A la Mesa han concurrido representantes de los nueve pueblos indígenas que la legislación reconoce como etnias. Por parte del Gobierno han participado delegaciones de los Ministerios de Economía; Agricultura; Desarrollo Social; Minería; Justicia, Hacienda, Obras Públicas, Medio Ambiente y Secretaría General de la Presidencia

Hasta la fecha se han proporcionado a la Mesa propuestas de regulación por parte de: 1) la “Coordinación de Consulta Indígena”, elaborado por representantes indígenas electos de CONADI; 2) “Observaciones y Propuestas para la consulta y participación de los pueblos originarios” proporcionada por organización de Indígenas Urbanos; 3) “Borrador de Propuesta de Reglamento de Consulta y Participación Indígena” de representantes del Pueblo Quechua; 4) Propuesta de la Mesa Provincial (Copiapó-Chañaral) Indígena Diaguita “para nueva normativa de consulta y participación indígena”; 5) Propuesta de Normativa de Consulta y participación indígenas” por parte del Área de Desarrollo Indígena Ercilla; 6) Propuesta de Consulta previa, libre e informada indígenas que habitan en Zonas Urbanas y 7) Propuesta de normativa de Consulta al Pueblo Rapa Nui. Adicionalmente se han hecho llegar los comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación a la propuesta de gobierno.

Toda la documentación, incluidos los audios de las deliberaciones y las listas de asistentes han sido subidas a la página web consultaindigena.cl.

VI.- Comentarios preliminares sobre aspectos detectados como críticos: procedimientos apropiados e instituciones representativas

La viabilidad de cualquier iniciativa que se adopte en este contexto, va a depender de que el procedimiento seguido se adecúe al estándar y principios que informan la consulta previa. Ello es condición de legitimidad y validez de los esfuerzos desplegados. En este sentido dos aspectos relevantes son críticos para el logro del fin esperado y en el cual se detectan graves

²⁶ Comunicado Público de 10 de abril de 2013 firmada por los señores, Gino Grunewald Condori, Consejo Nacional Aymara de Mallku y Talla de la comuna de Arica Urbano; Cesar Huanca Chambe, Presidente Consejo Territorial de Chapiquiña; Richard Fernández Chávez, Coordinador Coordinadora Aymara de Defensa de los Recursos Naturales; Francisco Salvo, Asamblea por el Arica de Arica Parinacota; Lisset Mamani Carlos, Presidente Asociación Indígena de Mujeres del Valle de Lluta “Warmi Chamampi”; José Luis Gamboa Morales, Presidente de la Asociación Indígena Wila Pampa Yamila Flores, Presidenta Asociación de Estudiantes de Pueblos Originarios AESPO; Julio Huanca Sarco, Parlamento Aymara del Pueblo Qullana Aymara; Florencio Choque Chambe, Presidente de la Comunidad Indígena de Chapiquiña; Papoveda Ocaña, Presidente de la Junta Vecinal de Chapiquiña; Fernanda Santos Tielle, Centro de Investigación de las Artes y Cultura de los Pueblos Originarios.

²⁷ Declaración Pública de 18 de marzo de 2013. Firmada por más de 30 organizaciones indígenas de los 9 pueblos indígenas. Entre otras se encuentra la Alianza territorial Mapuche; la Comunidad Indígena Kawésqar de Puerto Edén;

²⁸ Carta del Sr. Matías Abogabir Méndez, Asesor Especial para Asuntos Indígenas, Ministerio de Desarrollo Social de fecha 26 de marzo de 2013.

insuficiencias: El primero dice relación con los procedimientos apropiados. El otro aspecto vital es la de concurrir en un diálogo que efectivamente encarne el principio de instituciones representativas. En ambos casos se observan insuficiencias notorias. En el primer aspecto se carece de metodologías claras y consensuadas previamente que permitan generar un diálogo fluido; en el segundo, dadas las escisiones internas y el rechazo generado por parte de sectores indígenas, se cierne la duda de la legitimidad de los acuerdos alcanzados.

▪ **Procedimientos apropiados**

Una primera observación es que se inició un difícil y complejo diálogo sin contar con una metodología previamente consensuada. Ello ha representado un obstáculo para avanzar en la formulación de los consensos requeridos.

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

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

No hay un modelo de procedimiento apropiado, sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR- ha sido insistente en que se deberá tener en cuenta a lo menos dos criterios: las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada²⁹.

Adicionalmente la validez y legitimidad de los procedimientos adecuados supone un concierto y acuerdo previo entre los propios pueblos interesados y con los pueblos que van a participar. El procedimiento apropiado de esta manera, exige que lo sea para los propios pueblos concernidos en el proceso³⁰ y que las partes que participaran del diálogo sepan de antemano la metodología, modalidad y forma en que este se llevará a cabo.

La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de una determinada medida³¹. Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente³². Sobre esto último, se debe señalar que existen cuestiones previas en las que debe haber claridad entre las partes. Una de ellas es que ciertas medidas o bien ciertos órganos de la administración del Estado, no podrán ser regulados mediante el

²⁹ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010/ Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 53.

³⁰ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010/ Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág.53.

³¹ Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr. 89

³² Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia: Impreso por Dumas-Titoule, 2003, pág. 17.

ejercicio de la potestad reglamentaria, no obstante tratarse de medidas que deben ser sometidas o en la que dichos órganos deben llevar a cabo la consulta previa. Se advierte que algunas materias de las planteadas en la propuesta de Reglamento sobre Consulta y de las propuestas entregadas por los distintos actores en la mesa requieren de reformas legales, cuestión que no se explicita, ni se considera para efectos de establecer opciones integrales. De esta manera, materias que requerirían de modificaciones a cuerpos legales quedan fuera del horizonte del diálogo de los participantes. El Estado debe explicitar cuales serán las propuestas de reforma legislativa que se impulsarán en esta dirección y de esta manera contribuir a definir la naturaleza de la medida a ser consultada

Se requiere además ajustarse a las condiciones que requieren las personas consultadas para poder adoptar una posición, “[p]ara la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”³³. Por lo tanto, se requiere entre otras condiciones establecer plazos adecuados, los que dependerán del tipo de medida a ser sometida a consulta³⁴.

Al respecto, el Relator ha subrayado que se requiere de “cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento” (NN.UU/Consejo DD.HH, 2009a: párr. 25).

Se debe advertir que los plazos propuestos por el Gobierno parecen poco flexibles y realistas.

Para hacer efectiva esta consulta sobre la consulta, es necesario dotar a los pueblos indígenas participantes de la asistencia financiera, técnica o de otro tipo que puedan requerir para participar adecuadamente del mismo. Ello ha sido satisfecho por el Gobierno, y no se han detectado críticas al respecto.

Por todo lo dicho, y en consideración a que existen debilidades metodológicas el Estado debería considerar la posibilidad de solicitar el asesoramiento técnico del ACNUDH o a la OIT.

▪ **Instituciones representativas. Garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas**

No corresponde al INDH pronunciarse sobre las instituciones representativas, solo indicar que este es una condición de validez y legitimidad del proceso. Son los propios pueblos indígenas los que autónomamente deben definir aquello, cabiendo al Estado el deber de garantizar la participación efectiva de ellos. Una forma de garantizar aquello, considerando que actores relevantes se han marginado de este proceso, es que se asuma con los propios representantes indígenas y el Estado que lo que surja de este debate se conciba como una etapa, de un proceso de consulta más inclusivo y participativo.

El Convenio 169 -al igual que la DDPI-³⁵ establece que la consulta debe verificarse a través de las instituciones representativas de los pueblos interesados. Para determinar cuáles son dichas organizaciones representativas es necesario atender los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al respecto,

³³ Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>, párr. 79.

³⁴ Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Parr. 62 http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf

³⁵ Artículo 32.2: “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.”

la OIT ha destacado esta cuestión señalando que “lo importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”³⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la sentencia de interpretación del caso Saramaka vs. Surinam: “es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal” (párr. 19).

En este punto es importante destacar que no se trata de las instituciones más representativas de los pueblos indígenas, sino de todas las autoridades legítimas, o sea aquellas que, conforme a lo señalado, tengan la característica de ser representativas de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por las medidas propuestas. Esto implica que siempre debe consultarse a las autoridades tradicionales de los pueblos involucrados y no solo a las comunidades establecidas conforme a determinada legalidad³⁷.

Por otra parte, la obligación de consulta previa implica ciertas cargas para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad y no discriminación, particularmente en cuanto al género³⁸.

En este sentido el anterior Relator especial sobre pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen, señaló en su momento que “[l]os pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda. El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye “[u]n requisito esencial de los procedimientos de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”³⁹.

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena, entraña en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en definir con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas que permitirán entablar un diálogo genuino y constructivo con el Estado.

³⁶ OIT, 2004. Párr. 102

³⁷ En el caso chileno, la Ley de Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades (artículos 9 al 11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

³⁸ NN.UU./Consejo DD.HH, 2009b.

³⁹ OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010/ Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28.