

**Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas
en relación con el documento titulado:**

**“Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de
conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización
Internacional del Trabajo”, Chile**

Noviembre de 2012

Contenido

Introducción	3
A. Antecedentes	5
El Decreto 124/2009 de MIDEPLAN	5
La consulta de institucionalidad indígena	6
La comisión de pre consulta.....	7
La aprobación de un nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.....	7
Presentación de Propuesta del Gobierno sobre Nueva Normativa de Consulta	7
B. La Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación	8
1. Marco normativo.....	8
2. La distinción entre consulta y participación.....	9
3. La consulta en el marco de los derechos humanos.....	10
4. Órganos de la administración en quienes recae la obligación de consultar.....	11
5. Definición de medidas legislativas a ser consultadas.....	12
6. Definición de medidas administrativas a ser consultadas	12
7. Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas y obtener el consentimiento	13
8. Instancias de decisión de la pertinencia de iniciar procesos de consulta.....	14
9. Pueblos indígenas, sujetos de la consulta.....	15
10. Oportunidad de procedimientos de consulta	16
11. Procedimientos apropiados	16
12. El principio de buena fe	17
13. La decisión final en caso de no llegar a acuerdos	18
C. Las consultas relativas a proyectos de inversión	19
D. Conclusión	21

Introducción

1. Por medio del presente informe, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ofrece comentarios acerca del documento denominado “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”, publicado el 8 de agosto de 2012 (en adelante, “la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta” o “la Propuesta”). Estos comentarios se presentan respetuosamente al Gobierno de Chile en respuesta a la solicitud remitida al Relator Especial por la Unidad de Coordinación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con fecha 18 de agosto de 2012.

2. En su carta aceptando la solicitud del Gobierno, el Relator Especial señala: “[E]stoy dispuesto a proporcionar al Gobierno de su Excelencia orientaciones sobre los principios de consulta y consentimiento bajo los estándares internacionales relevantes, incluyendo el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Considero que esto podría incluir la revisión de borradores de legislación o políticas administrativas. Prefiero que cualesquiera orientaciones que yo hiciera en este sentido sean públicamente disponibles, para poder mantener la transparencia.”

3. Los comentarios del Relator Especial se formulan en virtud del mandato que le concedió el Consejo de Derechos Humanos de establecer un “diálogo de cooperación sistemático con todos los actores que corresponda pertinentes...en particular sobre las posibilidades de proporcionar cooperación técnica que soliciten los gobiernos” (A/HRC/RES/15/14, párr. 1.f). En este sentido, los presentes comentarios se enmarcan dentro del diálogo de cooperación entablado entre el Relator Especial, el Gobierno de Chile y organizaciones de los pueblos indígenas, desde su visita al país en abril de 2009,¹ en torno a la cuestión de la consulta a los pueblos indígenas en materia de medidas administrativa y legislativas, proyectos de inversión, y otro tipo de proyectos.

4. El Relator Especial entiende que la presentación del documento de Propuesta de Nueva Normativa de Consulta es un primer paso en dirección a remplazar el Decreto Supremo 124/2009 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) de Reglamento Provisorio de Consultas. El Relator Especial constata y valora la existencia de una convergencia de las partes, Gobierno, parlamentarios y organizaciones de los pueblos indígenas, respecto a la necesidad de remplazar el Decreto 124/2009 de MIDEPLAN y ajustar la normativa de consultas a los estándares internacionales de derechos humanos.

5. El Relator Especial considera, como punto de partida, que la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta representa un importante paso hacia la necesaria regulación interna del deber de consulta. Por ello, saluda la iniciativa del Gobierno de Chile, así como los esfuerzos desplegados hasta la fecha en relación con la Propuesta. Asimismo, el Relator Especial agradece al Gobierno de Chile su solicitud de comentarios al texto, que es una

¹ Ver James Anaya, Relator Especial, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, A/HRC/12/34/Add.6, 2009.

muestra más de su interés por continuar un diálogo constructivo con el Relator Especial con miras a la mejora de la situación de los derechos de los pueblos indígenas del país.

6. Al revisar la Propuesta, el Relator Especial toma en cuenta que la utilidad de cualquier norma reglamentaria que eventualmente se adopte en este contexto, y su compatibilidad con la normativa internacional aplicable, dependerá en última instancia de su interpretación e implementación práctica en casos específicos. En este sentido, el Relator Especial considera que la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta contiene importantes elementos que podrían servir para dar cumplimiento práctico al deber estatal de consultar a los pueblos indígenas de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales. Sin embargo, en opinión del Relator Especial, el texto de la Propuesta presenta algunas deficiencias y debería ser revisado para mejor asegurar el establecimiento e implementación de procesos de consulta que en la práctica sean conformes a la normativa internacional.

7. El Relator Especial comprende que el documento de la Propuesta, como su nombre lo indica, es un documento preliminar para avanzar en el diálogo con los pueblos indígenas sobre una normativa para regular la consulta. En ese entendimiento, los presentes comentarios buscan contribuir a identificar los aspectos a mejorar de la Propuesta, así como presentar sugerencias concretas que puedan servir de antecedente para las discusiones hacia un nuevo documento de proyecto de reglamento. Se debe señalar, a la vez, que estos comentarios no presentan necesariamente una exposición exhaustiva de las críticas y sugerencias que se podrían hacer para mejorar la Propuesta.

8. Además, el Relator Especial quisiera enfatizar la importancia de consultar con los pueblos indígenas, mediante un procedimiento apropiado, cualquier reglamento o ley que les concierna, inclusive un reglamento sobre la misma consulta. Como ha señalado anteriormente el Relator Especial, la necesidad de realizar una “consulta sobre la consulta” no solo deriva de la obligación de Chile de consultar a los pueblos indígenas en relación con toda medida administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente, sino también de la necesidad de lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, de tal modo que el procedimiento consultivo en sí sea el resultado del consenso.² La presentación por el Relator Especial de sus comentarios sobre la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta de ninguna manera sustituye las consultas que deberían realizarse directamente con los pueblos indígenas sobre la Propuesta. El Gobierno informa que ha impulsado un proceso de diálogo con representantes indígenas a través de varias reuniones en los últimos meses, y que es su intención de que el texto final del reglamento que se adopte sea producto de un consenso. El Relator Especial, enfatiza que es crucial que en ese consenso participen ampliamente los pueblos indígenas del país y sus organizaciones representativas.

9. Los presentes comentarios se componen de tres partes. En primer lugar, se resumen los antecedentes del proceso de reglamentación de la consulta en el país entre 2009-2012, en

² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009 http://unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf (en adelante “A/HRC/12/34”)

donde se identifican los principales desafíos de la aplicación y reglamentación de la consulta en Chile; en segundo lugar, se presentan los comentarios al documento de la Propuesta; y en tercer lugar, se presentan comentarios preliminares relativos al artículo 5 de la Propuesta y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, al que remite la Propuesta.

A. Antecedentes

El Decreto 124/2009 de MIDEPLAN

10. El día 4 de septiembre de 2009, el Gobierno de Chile dictó el decreto Supremo N° 124/2009 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN) que “Reglamenta el artículo 34 de la ley N° 19.253 [la Ley Indígena] a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas”³. Este decreto fue identificado por el Gobierno como un reglamento provisional.

11. Diversas organizaciones de los pueblos indígenas presentaron alegaciones cuestionando la validez y contenidos del Decreto 124/2009, señalando que el mismo no fue consultado previamente y que su contenido no se ajustaría a las normas internacionales en materia de consulta.

12. En noviembre de 2010 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) examinó la primera Memoria del Gobierno de Chile sobre aplicación del Convenio 169. Por medio de una Solicitud Directa la Comisión de Expertos transmitió al Gobierno de Chile un conjunto de observaciones en que se identificó una serie de defectos en el Decreto 124/2009 de MIDEPLAN.⁴

13. Además, en diciembre de 2010, el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su informe anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile analizó el Decreto 124/2009 y concluyó que:

El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas.

La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación. Estos quedan sujetos a la consulta ciudadana establecida en la

³ Ministerio de Planificación, Decreto 124-2009, Reglamenta el artículo 34 de la ley nº19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas, 4 de septiembre de 2009 <http://bcn.cl/ipxr>

⁴ OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa a Chile (CEACR) - Adopción: 2010, Publicación: 100ª reunión CIT (2011) (“Informe OIT 2010”), http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2334939,102588,Chile,2010.

regulación sectorial, y es facultativo para el órgano sectorial que emite la medida adoptar el procedimiento contemplado en el Decreto Supremo.⁵

La consulta de institucionalidad indígena

14. En marzo de 2011, el Ministerio de Planificación anunció la realización de un proceso denominado “Consulta de institucionalidad indígena”, que incluiría un conjunto de temas en el siguiente orden: a) reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas; b) creación de una Agencia de Desarrollo Indígena; c) creación de un Consejo Nacional de Pueblos Indígenas; c) procedimiento de consulta indígena en el nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, correspondiente a la Ley 19.300 de Bases de Medio Ambiente; y finalmente d) un nuevo reglamento de consulta, que replazara al Decreto 124/2009 de MIDEPLAN.⁶

15. Según información recibida por el Relator Especial, diversas organizaciones de los pueblos indígenas y los consejeros indígenas ante la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) objetaron el proceso de consulta de institucionalidad indígena, señalando que la agenda, textos, temas y orden de la consulta no habían sido acordados previamente con los pueblos indígenas, que la metodología era inapropiada, y que se postergaba para el final del proceso la derogación del Decreto 124/2009 de MIDEPLAN y la aprobación de una nueva reglamentación de las consultas.

16. La Cámara de Diputados y el Senado de Chile, tras recibir en audiencia a organizaciones indígenas, adoptaron acuerdos para solicitar al Presidente de la República y al Ministro de MIDEPLAN la suspensión del proceso de consulta de institucionalidad indígena y la derogación del Decreto 124/2009 de MIDEPLAN por no ajustarse a las normas internacionales.⁷

17. El 1 de septiembre de 2011, el nuevo ministro de MIDEPLAN (actual Ministerio de Desarrollo Social) resolvió suspender el proceso de consulta de institucionalidad. El comunicado oficial señala: “El titular de MIDEPLAN, luego de escuchar las demandas de los Pueblos Originarios, anunció que se dará prioridad a determinar primero el mecanismo de consulta, señalando que se derogará el Decreto Supremo 124/2009 una vez terminada

⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe anual 2010 – Situación de derechos humanos en Chile, página 101, <http://www.indh.cl/primer-informe-anual-2010-de-derechos-humanos-en-chile>

⁶ Gobierno de Chile, Plan de Consulta Sobre Institucionalidad Indígena, MIDEPLAN, marzo 2011. <http://www.consultaindigena.cl/munitas/Plan%20de%20Consulta.pdf>

⁷ Cámara de Diputados de Chile, Comisión de Derechos Humanos, Oficio N° 300-43-2011, del 16 de junio de 2011 (A S.E. El Presidente de la República: Solicita ordene paralización del proceso de consulta indígena que se está llevando a cabo por parte de MIDEPLAN); Cámara de Diputados de Chile, Comisión de Derechos Humanos, Oficio N° 301-43-2011, del 16 de junio de 2011 (Al Ministro de Planificación: Solicita derogar Decreto 124/2009 de MIDEPLAN sobre consulta indígena); Cámara de Diputados Acuerdo del 16 de Noviembre 2011 (Solicita al Presidente de la República la derogación del Decreto 124/2009 de MIDEPLAN); Senado de Chile, Sesión 40ª, Ordinaria, en miércoles 3 de agosto de 2011, Oficio N° 1026/SEC/11. Boletín N° S 1.391-12, 3 de agosto de 2011, http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20110805/pags/20110805104612.html

esta consulta ... [Y decidió] priorizar para este año [2011] la definición de los mecanismos y procedimientos de consulta y participación indígena.”⁸

La comisión de pre consulta

18. El 6 de septiembre de 2011, 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 Gobierno informa que dicha comisión, con la cooperación y apoyo del Gobierno, ha dado varios pasos para avanzar en este sentido, aunque, según otras fuentes, estos esfuerzos debían de ampliarse. A través de su Presidente, el Sr. Rafael Tuki, la comisión envió una solicitud de cooperación técnica al Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La aprobación de un nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

19. El 28 de mayo de 2012, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad aprobó una versión del proyecto de nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁹ el cual formaba parte de la consulta de institucionalidad suspendida en septiembre de 2011. Dicho reglamento contiene normas sobre consulta a los pueblos indígenas para proyectos de inversión sometidos al sistema de evaluación de impacto ambiental.

20. El nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental aún no ha sido promulgado por el Presidente de la República. Según la información recibida por el Relator, diversas organizaciones de los pueblos indígenas han presentado alegaciones cuestionando la versión de este reglamento que fue aprobada por el Consejo de Ministros en mayo de 2012, afirmando que no ha sido consultada debidamente y contiene normas que no se ajustarían a los estándares internacionales. El Gobierno ha entregado al Relator Especial una versión revisada del reglamento, el cual queda por ser finalizado y adoptado.

Presentación de Propuesta del Gobierno sobre Nueva Normativa de Consulta

21. El 8 de agosto de 2012, el Gobierno presentó al Consejo de CONADI la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta para que fuese distribuida a los pueblos indígenas, a fin de iniciar un proceso de consulta sobre la Propuesta. En su artículo 5 referido a la consulta de proyectos de inversión, la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta remite al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁸ “Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena.” 1° de septiembre de 2011. <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/09/06/ministro-lavin-anuncio-cambios-en-la-consulta-de-institucionalidad--indigena>

⁹ Ministerio del Medio Ambiente, Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, Acuerdo N° 8/2012: Se pronuncia sobre nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. http://www.mma.gob.cl/1304/articles-51182_acuerdo8_2012.pdf

B. La Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación

1. Marco normativo

22. El título de la Propuesta se refiere a “Nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169” y el artículo 1 de la Propuesta establece el “Objeto del reglamento” en relación exclusiva al Convenio 169. Si bien el Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile está en pleno vigor y forma parte de su ordenamiento jurídico, sin embargo, es importante tener en cuenta que el deber de consultar tiene fundamentos más amplios que el Convenio 169 y sus artículos 6 y 7. El propio Convenio 169 trata expresamente acerca del deber de consulta y el derecho de participación en los artículos 6, 7, 15, 17, 22, 27 y 28 y, como ha señalado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la consulta atraviesa todo el Convenio 169.

23. Como ha sostenido el Relator Especial en sus informes ante el Consejo de Derechos Humanos, la consulta a los pueblos indígenas está regulada también por otros instrumentos internacionales aprobados por Chile incluyendo la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y varios tratados de derechos humanos de carácter general de los que Chile es parte.¹⁰ Entre estos instrumentos se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

24. Respecto a la obligación de consultar derivada de tratados de derechos humanos, el Estado de Chile ha recibido recomendaciones expresas de diversos órganos, aun antes de la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT. Han formulado recomendaciones relativas al deber de consultar a los pueblos indígenas el Comité de los Derechos del Niño, (Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 62 (c)); el Comité de Derechos Humanos (Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5, 18 de mayo 2007, párrafo 19 (c)); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto de 2009, párrafos 16 y 22); el Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (Conclusiones y recomendaciones, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 67).

25. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, tras analizar los desarrollos normativos y jurisprudenciales internacionales y comparados, incluyendo casos de países que no han ratificado el Convenio 169, ha concluido que “la obligación de consulta [a los pueblos indígenas], además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.”¹¹ En su sentencia en el caso *Sarayaku*, la Corte Interamericana

¹⁰ A/HRC/12/34, supra nota 2, párr. 40.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.

hace una exposición exhaustiva de los diversos elementos de la obligación de consulta, con base en un corpus de instrumentos y precedentes pertinentes.¹²

26. En consecuencia, al reglamentar el deber de consulta, deben tomarse debidamente en cuenta las obligaciones derivadas de los diversos instrumentos y fuentes de derecho internacional aplicables, así como la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los órganos responsables de su supervisión. Ello se deriva también del propio Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 35 estipula que “[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.”

27. En virtud de las consideraciones anteriores, el Relator Especial considera que el título actual de la Propuesta y las menciones exclusivas al Convenio 169 de la OIT no engloban suficientemente el marco jurídico internacional que define la consulta a los pueblos indígenas y que vincula a Chile. Independientemente de la autoejecubilidad o no de los instrumentos internacionales aprobados por Chile en el ordenamiento jurídico doméstico, el Estado incurre en responsabilidad internacional al no cumplir con, o implementar, las disposiciones de tales instrumentos. La modificación de la Propuesta, en el sentido de evitar la mención exclusiva al Convenio 169 en el mismo, sería por tanto un cambio deseable que contribuiría a evitar futuras confusiones en su aplicación. Asimismo, el Relator Especial propone agregar una disposición en la parte operativa del texto señalando que existen varios instrumentos y fuentes de derecho que fundamentan el deber de consulta, dentro del ámbito de las obligaciones internacionales de Chile, y haciendo explícito que la interpretación y aplicación del reglamento deberían ser conformes a estos instrumentos y fuentes.

2. La distinción entre consulta y participación

28. La Propuesta de Nueva Normativa de Consulta plantea reglamentar tanto los mecanismos de la consulta como los de participación indígena, con disposiciones que separan los procedimientos de consulta de los procedimientos de participación.

29. Es necesario enfatizar que, de acuerdo a la normativa internacional, la obligación estatal de celebrar consultas con los pueblos indígenas es una medida especial para garantizar el derecho de tales pueblos a participar en la adopción de decisiones públicas que puedan afectar sus derechos e intereses de una manera diferenciada. Sin embargo, el derecho a la participación para los pueblos indígenas no se reduce sólo a la consulta y su participación en las decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses de una manera diferenciada, sino también podría implicar la participación en los procesos electorales, en procesos parlamentarios, y en otros asuntos públicos de incidencia general.

30. Cabe tener presente que el Convenio 169 señala que los Estados deberán “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

¹² Ibid.

adopción de decisiones en instituciones electivas” (artículo 6.b). Como muestra el estudio sobre “Los pueblos indígenas y el derecho a participar en la toma de decisiones” realizado por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas,¹³ el derecho a la participación en las decisiones públicas abarca múltiples dimensiones y se puede expresar en diversos mecanismos y arreglos institucionales (cuotas parlamentarias, municipales o regionales, estatutos de autonomía, etc.).

30. En la Propuesta, se plantea reglamentar los procesos de participación de los pueblos indígenas sólo en relación a “los planes de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículo 3). El Relator Especial reconoce el valor de intentar facilitar por medio de un reglamento la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de los planes nacionales y estatales de desarrollo. Sería deseable, sin embargo, precisar que el derecho de participación de los pueblos indígenas no se limita a los mecanismos establecidos en el reglamento en relación los planes de desarrollo.

31. Por otra parte, el Relator Especial observa que los mecanismos de participación impulsados por la Propuesta en relación a los planes de desarrollo podrían resultar demasiado limitantes. En particular, en los artículos 25 y 26 se deja a discreción de la autoridad estatal la definición de la pertinencia de “iniciar el proceso de participación” ante planes regionales o nacionales. Además, en el artículo 25 se establece que los sujetos de la participación serán unas comisiones regionales y nacionales, en cuya constitución intervienen los intendentes regionales (artículo 8), con lo cual no se reconoce directamente a los pueblos indígenas como sujetos independientes del derecho a participación a través de sus propias instituciones. Estas disposiciones deberían ser modificadas para asegurar mayor incidencia directa de los pueblos indígenas en el inicio y ejecución de los procesos de participación. Es posible que la participación indígena en la elaboración de los planes de desarrollo podría funcionar adecuadamente mediante comisiones nacionales o regionales, pero la definición de mecanismos de interlocución de este tipo tendría que ser sujeta a consultas, e idealmente consensuada, con los pueblos indígenas para que estos mecanismos tengan legitimidad y sean efectivos.

3. La consulta en el marco de los derechos humanos

32. El artículo 2 de la Propuesta define la consulta del siguiente modo: “[L]a consulta es un proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos de beneficio mutuo a través de los mecanismos que este reglamento establece, entre los pueblos indígenas interesados y los órganos de la administración del Estado señalados en el Artículo 4°.” Tal definición enfoca la consulta desde una perspectiva transaccional en vez de resaltar una perspectiva de derechos humanos como corresponde. El Relator Especial considera que la definición debería ser ampliada para enfatizar la esencia de la consulta previa como norma de derecho público cuyo marco, punto de partida, y finalidad son los derechos humanos de los pueblos

¹³ Informe sobre el estudio de los pueblos indígenas y el derecho a participar en la toma de decisiones. - Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/15/35, 23 agosto 2010.

indígenas y su salvaguarda ante las decisiones estatales. En tal sentido, llama la atención que el documento de Propuesta omita toda mención a “derechos”.

33. Como el Relator Especial expuso en su informe del 2012 al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/47/21), los principios de consulta y consentimiento constituyen, en conjunto, una norma especial que protege el ejercicio de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y funciona como un medio para garantizar su observancia. Se trata de una norma que complementa y contribuye a dar efectividad a derechos sustantivos.

34. El Estado tiene un deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y por ello debe evaluar preventivamente si las medidas administrativas o legislativas a adoptar puedan afectar, negativa o positivamente, o involucrar derechos o intereses de los pueblos indígenas, y en tales casos realizar los ajustes correspondientes. En función de este deber estatal, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas para asegurar las condiciones que salvaguarden sus derechos e intereses. La consulta, además, es una medida especial para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y fortalecer la legitimidad de las decisiones estatales. Asimismo, la consulta previa es un diálogo de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas, cuya finalidad es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas legislativas o administrativas a adoptar, en el marco de los derechos humanos.

35. La Propuesta hace bien al referirse a la búsqueda de acuerdos o el consentimiento como objetivo del proceso de consulta. Pero en un eventual reglamento de consulta, sería recomendable incluir también un lenguaje enfatizando el marco de derechos humanos y estableciendo que los procesos de consulta, y los acuerdos resultantes y decisiones estatales conexas, deben en todo caso garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas.

4. Órganos de la administración en quienes recae la obligación de consultar

36. El artículo 1 de la Propuesta establece que el reglamento tiene por finalidad regular los procesos de consulta a los pueblos indígenas por parte de los órganos de la administración del Estado nombrados en el artículo 4. Sin embargo, en el mismo artículo 4 se limita el alcance del reglamento en relación a los “órganos constitucionalmente autónomos”, entre los cuales, según entiende el Relator Especial, se encuentran los municipios; para esos casos se agrega una cláusula facultativa de “podrán sujetarse a las disposiciones del [...] reglamento.” A pesar de las limitaciones constitucionales que puedan haber sobre la regulación de los órganos autónomos, debería quedar claro que el deber de consulta alcanza a todos los órganos de la administración en la medida que adopten medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

37. En este sentido, como establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, “[L]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, [...] implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el

ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos.”¹⁴

5. Definición de medidas legislativas a ser consultadas

38. El artículo 18 de la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta define las medidas a ser consultadas a efectos del reglamento. En materia de medidas legislativas que corresponden al Ejecutivo, la Propuesta se refiere solo a las “ideas matrices” de los proyectos de ley iniciados por mensaje del Ejecutivo. Al respecto, tal como se plantea en el informe del Relator Especial de 2009 sobre principios de consulta,¹⁵ y como ha reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Sarayaku*, “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.”¹⁶ Se debería estudiar como incorporar este principio en el marco jurídico de Chile y promover modalidades de consulta con pueblos indígenas en las varias etapas del proceso legislativo. Asimismo, se debe velar para que el reglamento respectivo de consulta que elabore el Congreso Nacional dentro de sus atribuciones sea concordante con las normas internacionales aplicables.

6. Definición de medidas administrativas a ser consultadas

39. En cuanto a las medidas administrativas a ser consultadas bajo el reglamento, la Propuesta plantea en su artículo 18 que éstas consisten en aquellos “decretos o resoluciones, de efectos generales,” emitidos por órganos de administración del Estado.

40. Se debe resaltar que, de acuerdo a las normas internacionales, toda medida administrativa debe ser consultada si es susceptible de tener efectos sobre derechos o intereses de los pueblos indígenas, no sólo aquellas medidas que tienen la forma de un decreto o resolución y que podrían denominarse como de “efectos generales”. Especial atención merecen las medidas administrativas de efectos particulares referidas a recursos naturales, conocimientos tradicionales, comunicaciones y energía que pueden tener efectos sobre derechos o intereses de los pueblos indígenas.

41. En este sentido, la Comisión de Expertos de la OIT, en su examen de Chile de 2010, señaló que “[e]l Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contienen disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión.”¹⁷ Al respecto la Comisión hizo recordar que el artículo 15 del Convenio establece la obligación a cargo del Estado de establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida.”¹⁸

¹⁴ Caso *Sarayaku vs. Ecuador*, supra nota 11, párr. 166.

¹⁵ La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, Apéndice A, Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. párr. 20. http://unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2009_report_chile_sp.pdf

¹⁶ Caso *Sarayaku vs. Ecuador*, supra, párr. 181.

¹⁷ Informe OIT 2010, supra nota 4.

¹⁸ *Ibid.*

42. La normativa eventualmente adoptada para reglamentar la consulta debería en su totalidad asegurar que no existan vacíos en dicha regulación y que todas las decisiones de los órganos de administración del Estado se sometan a la consulta previa cuando esas decisiones podrían afectar a los derechos o intereses de los pueblos indígenas.

7. Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas y obtener el consentimiento

43. En su artículo 9, la Propuesta define “afectación directa” para efectos de señalar las situaciones que dan lugar a las consultas. El artículo 9 dice: “Para los efectos del presente reglamento se entenderá que existe afectación directa cuando las medidas produzcan consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.” Esta definición refleja lo que el Relator Especial plantea en su informe de 2009 al Consejo de Derechos Humanos; sin embargo, en dicho informe el Relator Especial agrega la siguiente precisión: “Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios.”¹⁹ El Relator Especial recomienda que se añada al texto del artículo 9 esta precisión, para que quede claro que la consulta se aplica incluso con respecto a medidas administrativas o legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a una nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidas de algún modo afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos.

44. En concordancia con el principio precautorio y el principio de no discriminación que guían a las normas de derechos humanos, los órganos del Estado antes de adoptar medidas administrativas o legislativas deben evaluar preliminarmente si la medida podría afectar derechos o intereses de los pueblos indígenas; en caso de duda, es recomendable dar curso a una pre-consulta para determinar si la medida pudiese afectar tales derechos o intereses. Al respecto, el artículo 15 del Convenio 169 establece “[l]os gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, *a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida*, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (énfasis añadido).

45. El Relator Especial observa que los tres casos incluidos en el inciso segundo del artículo 9 corresponden a medidas que producen efectos en territorios indígenas o sus cercanías, en tal caso es recomendable establecerse una regla más general que indique que toda medida susceptible de producir efectos sobre pueblos indígenas o sus territorios debe ser consultada previamente. Al respecto, el Relator Especial quisiera precisar que las consultas se requieren no solo cuando las tierras en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Como ha señalado el Relator Especial en otros informes, “el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego

¹⁹ A/HRC/12/34, supra nota 2, párr. 43.

sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.”²⁰

46. Adicionalmente, respecto a las situaciones mencionadas en el segundo inciso del artículo 9 de la Propuesta, el Relator Especial observa que se trata de casos de impactos significativos (reasentamientos de comunidades indígenas, alteraciones del patrimonio cultural, alteraciones significativas de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos indígenas) en que, además de la obligación de realizar un proceso de consulta, se requiere normalmente el acuerdo o consentimiento de los pueblos o comunidades indígenas afectadas (ver párrafos 67-71). El Relator Especial considera que, tal como se plantean, estos ejemplos y la cualidad de “significativo” – un término que tiene un significado particular en la legislación ambiental doméstica – podrían llevar a una interpretación restrictiva o distorsionada de los criterios de consulta. En primer lugar, es necesario clarificar que el deber de consulta no se limita a tales casos de impactos significativos. En segundo lugar, es importante evitar cualquiera insinuación de que los procesos de consulta se centran principalmente en medidas ya definidas que tengan impactos adversos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, tal como ya se ha señalado, los procesos de consulta son para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que deberían facilitar el diálogo que incluya la búsqueda de alternativas a aquellas medidas que pudieran limitar o alterar el ejercicio de sus derechos o tener efectos en sus intereses, territorios, recursos o condiciones de vida.

8. Instancias de decisión de la pertinencia de iniciar procesos de consulta

47. De acuerdo al artículo 20 de la Propuesta, “[E]l órgano de la administración del Estado al que corresponda la iniciativa de la medida legislativa o administrativa, deberá evaluar con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, la pertinencia de iniciar un proceso de consulta.” Tal disposición reproduce una de las características del Decreto 124/2009 observadas por la Comisión de Expertos de la OIT, cuyo informe de Solicitud Directa a Chile señaló que deja a “la decisión a los órganos administrativos la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o de participación.”²¹

48. El artículo 20 de la Propuesta establece además que: “[E]l Consejo Nacional de CONADI, por mayoría absoluta de sus miembros, podrá solicitar a los órganos de la administración del Estado la realización de un proceso de consulta cuando estimen que una determinada medida legislativa o administrativa sea susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados. Dicha solicitud deberá ser presentada al Ministerio de Desarrollo Social.”

49. El Relator Especial invita a revisar estas cláusulas, pues aparentemente la decisión queda sujeta al control de la administración, puesto que los representantes de Gobierno cuentan con mayoría en el Consejo de CONADI; y aun en el caso de ser aprobada una solicitud de CONADI de realizar un proceso de consulta, ésta será remitida al Ministerio de Desarrollo Social, que finalmente decide si se llevará a cabo o no un proceso de consulta.

²⁰ Ibid., párr. 44.

²¹ Informe OIT 2010, supra nota 4, artículos 6 y 7.

50. Una revisión de la Propuesta, a la luz del principio de buena fe, debe dar paso a crear mecanismos e instancias que permitan a los pueblos indígenas plantear directamente a los órganos de la administración la necesidad de un proceso de consulta ante una medida a adoptar, y establecer recursos para impugnar administrativa o judicialmente una negativa de consulta, cuando estimen que sus derechos o intereses puedan ser afectados por una medida administrativa o legislativa en proceso de adopción.

9. Pueblos indígenas, sujetos de la consulta

51. El artículo 1 de la propuesta establece la finalidad del reglamento de “regular los procesos de consulta y participación *indígena*” (énfasis añadido); tal expresión se reitera en los artículos 4 y 8. Al respecto, es necesario precisar que el vocablo “indígena” podría dar a entender que se refiere a poblaciones o individuos, y no a pueblos.

52. En el artículo 8 de la Propuesta se establece una definición de “niveles de consulta” según el alcance de la medida, plan o programa (local, regional y nacional). El Relator Especial observa que, de acuerdo a este esquema, aparentemente los pueblos indígenas sólo participarán directamente en los procesos de consulta locales. Para las consultas de nivel regional y nacional, la Propuesta plantea la creación de Comisiones Regionales Indígenas y una Comisión Nacional Indígena. Las comisiones regionales se conformarían por un máximo de 15 miembros, pertenecientes a “instituciones representativas de cada región” y en su constitución participa el Intendente Regional y las instituciones de los “pueblos indígenas locales”. La Comisión Nacional Indígena estará compuesta por un representante de cada Comisión Regional Indígena y los 8 consejeros indígenas de CONADI.

53. El Relator Especial quisiera hacer presente al Gobierno que las normas internacionales exigen que las consultas tengan en cuenta las instituciones representativas y procedimientos de toma de decisiones de los pueblos indígenas. Al respecto, el Convenio 169 señala expresamente que las consultas a los pueblos indígenas deben ser “adecuadas”, y realizarse a través de sus “instituciones representativas” (artículo 6.1.a). A la vez el artículo 5.b del Convenio 169 establece que “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.”

54. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos, ha dictaminado que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta “los métodos tradicionales del [pueblo indígena] para la toma de decisiones.”²² En otras sentencias, establece que las formas de organización indígena “deben responder a procesos internos de tales pueblos,”²³ y que los pueblos tienen el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, así como “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización.”²⁴

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 133.

²³ Caso Sarayaku vs. Ecuador, supra nota 11, párr. 202.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 225.

55. Por otro lado, el Relator Especial entiende las complejidades que se presentan para la consulta o la participación cuando se trata de medidas de alcance nacional o regional. Lo importante es que los mecanismos de consulta o participación respondan a los procesos internos de los pueblos indígenas y que sean efectivos en la práctica. Tal como ya se ha señalado (párrafo 31), es posible que la formación de comisiones podría ser una opción viable. Sin embargo, para que tales comisiones fueran legítimas y efectivas, la definición de su organización, atribuciones y composición debería por sí misma resultar de un amplio proceso de diálogo y consulta con los propios pueblos indígenas.

10. Oportunidad de procedimientos de consulta

56. Los artículos 14 y 19 de la Propuesta se refieren al momento de efectuar las consultas en los procesos de adopción de medidas legislativas o administrativas. Para las medidas legislativas, el artículo 19 estipula que “la consulta deberá realizarse en forma previa a su envío al Congreso Nacional.” Para las medidas administrativas, se establece que “la consulta deberá realizarse en forma previa a su dictación.” El Relator Especial observa que tales disposiciones podrían ser mejoradas para asegurar que no sean interpretadas como dando lugar a una consulta limitada en que se presenta a los pueblos indígenas una medida ya elaborada, situación que impediría la capacidad de los pueblos indígenas de incidir en su desarrollo y en su contenido.

57. El Relator Especial recuerda que, sobre este punto, los órganos de control normativo de la OIT han reiterado que el requisito de la consulta previa implica “que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso.”²⁵ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “se debe consultar [a los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan...y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.”²⁶

11. Procedimientos apropiados

58. La esencia de la consulta, como medida especial, es garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectar sus intereses o derechos específicos. Los diversos requisitos de validez de las consultas con los pueblos indígenas, basados en el principio de buena fe, tienen por finalidad garantizar esa efectividad de la participación, por lo cual las consultas deben ser previas, los procedimientos deben ser apropiados y mutuamente acordados, y debe producirse un diálogo y negociación genuinos con la finalidad de llegar a acuerdos, basados en derechos, y a ser cumplidos.

59. El Relator Especial considera que los criterios y mecanismos establecidos en los artículos 21, 22, 23 y 24 de la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta no aseguran adecuadamente procesos de consulta acordes a los estándares internacionales aplicables. Primero, en el artículo 22, la Propuesta define plazos de 15 días para cada etapa, que

²⁵ 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), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90

²⁶Caso Saramaka vs. Surinam, supra nota 22, párr. 133.

pueden resultar insuficientes. Aunque estos plazos pueden ser ampliados por “razones justificadas y razonables”, la decisión de ampliación aparece residiendo en el órgano responsable de la medida.

60. Además, si bien la Propuesta, en su artículo 2, define la consulta como un proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos, en los artículos 21 y 23 se prescriben criterios que distan de asegurar el marco para un verdadero diálogo que pudiera llevar a decisiones consensuadas entre las partes. Por ejemplo, las etapas definidas en el artículo 23 no incluyen claramente una etapa de pre-consulta para establecer, de común acuerdo entre los órganos de la administración y los pueblos indígenas, los procedimientos, contenidos y objetivos de la consulta. De acuerdo al artículo 23(a), la primera etapa consiste en la “planificación del proceso de consulta”, pero al respecto solo se refiere a la elaboración “de la metodología que se usará en el proceso correspondiente, tales como la definición de lugares, plazos y participantes, etc.”

61. Asimismo, el artículo 21 de la Propuesta establece que las consultas deberán permitir “la adecuada información de los pueblos indígenas acerca de la medida legislativa o administrativa que se pretende adoptar” y la “*posibilidad* de plantear observaciones y propuestas y de que éstas sean *consideradas* en la decisión final” (énfasis agregado). Luego, en el artículo 23(c) la Propuesta establece que, finalizada la etapa de entrega de información, “se procederá a realizar *una reunión* cuya finalidad sea alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento para que pueda dictarse la medida en cuestión, acogiendo, *dentro de lo posible*, las observaciones y propuestas de los pueblos indígenas afectados” (énfasis agregado). Estas disposiciones deben ser modificadas para evitar que se entienda que el mecanismo prescrito consistiría en una sola reunión, en que, por un lado, los pueblos indígenas solo puedan plantear observaciones y propuestas y, por otro lado, el organismo público decide si acoge o no las observaciones. Tal escenario no constituiría un proceso diálogo conducente a acuerdos, sino que podría reducirse a una audiencia en condiciones de desequilibrio de poder.

62. Es necesario reformar el texto de la Propuesta para asegurar que el mecanismo de consulta no se entienda de esta manera y que existan las bases para un proceso verdadero de diálogo en que los pueblos indígenas puedan realmente ser partícipes en la búsqueda y toma de decisiones consensuadas, y que tales acuerdos se cumplan.

12. El principio de buena fe

63. La buena fe es parte sustantiva de la institución de la consulta y le otorga una connotación jurídica especial como diálogo cuya finalidad es arribar a acuerdos que obligan a las partes. Al respecto, el artículo 12 de la Propuesta se refiere a la buena fe, lo que debería entenderse a la luz del correspondiente principio general del derecho internacional.

64. El principio de buena fe, que debe regir la conducta del Estado en el contexto de las consultas con los pueblos indígenas, impone conductas de diligencia debida a los órganos del Estado para identificar cuando una medida que se propone adoptar pueda afectar a los pueblos indígenas, y para proporcionar la información necesaria y asistencia técnica de modo proactivo. El reglamento de consulta debe incorporar tales directrices de

transparencia activa y diligencia debida. Asimismo, el reglamento de consulta debe contemplar medidas de garantía de cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta.

65. Como ha señalado el Relator Especial en su informe de 2009 ante el Consejo de Derechos Humanos, para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso previo. Una consulta de buena fe en pro de la adopción de decisiones por consenso implica para los Estados la necesidad de desplegar esfuerzos para la instauración de un clima de confianza en relación con los pueblos indígenas “por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún.”²⁷

66. El Relator Especial considera, asimismo, que un diálogo de buena fe también requeriría que los pueblos indígenas puedan participar en pie de igualdad en los diálogos y negociaciones sobre medidas administrativas o legislativas. Para ello, es necesario que los procesos de consulta incluyan mecanismos estatales para que, sin comprometer su autonomía, los pueblos indígenas puedan contar con los recursos necesarios para reuniones, acceder y compartir información relacionada a los procesos, y contar con los apoyos técnicos o profesionales libremente elegidos. Sería deseable incluir en un eventual reglamento de consulta la definición de tales mecanismos.

13. La decisión final en caso de no llegar a acuerdos

67. En el caso de que no se llegue al consentimiento o acuerdo sobre una medida administrativa o legislativa propuesta, y agotado el deber de consulta, corresponde al Estado tomar una decisión con respecto a la medida propuesta. Sin embargo, esa decisión debe estar fundamentada y enmarcada en los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas. En tal sentido, podría resultar inadecuado en su aplicación el criterio establecido en el artículo 23(c) de la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta, que indica: “Si finalizadas estas instancias de diálogo no se logran acuerdos completos entre las partes, el organismo público, procederá a evaluar su decisión de adoptar la medida o desistirse de ella, considerando la importancia de ésta para el interés nacional o bien común.” De acuerdo a las normas internacionales que protegen los derechos humanos de los pueblos indígenas, no son suficientes consideraciones de “interés nacional o bien común” en este contexto, sin un claro entendimiento de que los derechos humanos de los pueblos indígenas forman parte del bien común o sin una precisión sobre las implicaciones de estos derechos en ausencia de un acuerdo o el consentimiento.

68. Tal como ha expuesto el Relator Especial, existen ciertas situaciones en que el consentimiento de los pueblos indígenas llega a ser una precondition exigible para la ejecución de una medida propuesta, mas allá de ser un objetivo de la consulta.²⁸ Como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en una lectura de la

²⁷ A/HRC/12/34, supra nota 2, párr. 50, citando, 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 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), párr. 107..

²⁸ A/HRC/12/34, supra nota 2, párrs. 46 y 47.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en consonancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y otras fuentes, el consentimiento es exigible en los casos en que una medida propuesta resultara en la alteración del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas que son esenciales para su supervivencia como tales.²⁹ Por lo tanto, si no se logra el consentimiento o acuerdo después de haberse finalizado un proceso de consulta, corresponde al Estado proceder a tomar una decisión sobre la medida sometida a consulta, pero esa decisión queda limitada. El Estado podría decidir proceder con la medida propuesta sólo si puede garantizar que la medida no tuviese impactos adversos sobre los derechos de los pueblos indígenas tales como el derecho de estos pueblos a sentar sus propias prioridades para el desarrollo como parte de su derecho a la libre determinación, el derecho a la salud y a un medioambiente sano, el derecho a la cultura y la religión, y los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales de acuerdo a sus usos y costumbres.

69. Entre las medidas que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas por los impactos que generan sobre sus derechos, según señalan los instrumentos y jurisprudencia internacionales, y que pueden ser de especial interés para el proceso de reglamentación en Chile, se encuentran, entre otras, aquellas medidas que impliquen reasentamiento o traslados poblacionales,³⁰ los grandes proyectos de inversión o desarrollo que puedan afectar el modo de vida o subsistencia de los pueblos indígenas,³¹ y el almacenamiento o desecho de materiales peligrosos en territorios indígenas.³²

70. Incluso si el consentimiento no es estrictamente necesario, el Estado en todo momento tiene la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, lo que requiere la aplicación, en su caso, de otras salvaguardas, tales como el establecimiento de medidas de acomodo, mitigación y compensación. Además todo impacto que imponga una restricción a los derechos indígenas debe, como mínimo, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación con un fin público válido, como generalmente exige el derecho internacional de los derechos humanos cuando son permisibles restricciones en materia de derechos humanos.

71. Como se ha señalado más arriba, el Estado tiene un deber general de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la consulta previa es una salvaguarda de tales derechos. No se puede debatir que el Estado tiene la potestad de tomar decisiones en nombre del “interés nacional” o el “bien común”, pero es necesario precisar que los derechos humanos de los pueblos indígenas forman parte del bien común general y que cualquier decisión del Estado debería respetar estos derechos.

C. Las consultas relativas a proyectos de inversión

72. El artículo 5 de la Propuesta de Nueva Normativa de Consulta se refiere a la consulta de medidas administrativas que autorizan la realización de proyectos de inversión, remitiendo

²⁹ Caso Saramaka vs. Surinam, supra nota 22, párrs. 134 y 137

³⁰ Convenio 169 de la OIT, artículo 16; Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 10.

³¹ Caso Saramaka vs. Surinam, supra nota 22, párr.137.

³² Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 29.2.

tales casos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la Ley 19.300 sobre el medio ambiente³³ y en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). El Gobierno ha comunicado al Relator Especial que el Reglamento del SEIA está todavía en proceso de elaboración. El Relator Especial se reserva la posibilidad de formular en el futuro comentarios específicos sobre las disposiciones relativas a la consulta de este reglamento. Sin embargo, el Relator Especial enfatiza la particular importancia de que los procedimientos de consulta con respecto a los proyectos de inversión se ajusten a los estándares internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas y que estos mismos procedimientos sean debidamente consultados con los pueblos indígenas.

73. El Relator Especial quisiera hacer presente que las normas internacionales aplicables establecen un estándar específico de obligaciones estatales, en relación a medidas que autorizan proyectos de inversión o desarrollo o concesiones en territorios indígenas o sus cercanías. Tal estándar, derivado del deber de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, entre otros derechos, comprende, como mínimo a) la consulta previa y, en algunos casos, consentimiento, b) la realización de estudios de impacto, y c) la participación en los beneficios.³⁴

75. En relación a los contenidos de los estudios de impacto, el Relator Especial quisiera recomendar que se incorporen en el nuevo reglamento del SEIA, en aplicación del artículo 4 de la Ley 19.300, los estándares elaborados en el marco de la Convención de Diversidad Biológica y la Decisión VII/16 adoptada por la VII Conferencia de las Partes, sobre “Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares”.³⁵

76. Otro tema que debería ser abordado en relación con los procesos de consulta sobre proyectos de inversión es el fundamental asunto del reparto de beneficios. El Relator Especial quisiera hacer presente que el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT establece que “[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” Debe distinguirse claramente entre la “participación en los beneficios del proyecto, como derecho que corresponde” a los pueblos indígenas, de la “indemnización por daño o perjuicios causados”.³⁶ En similar sentido, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos dictaminó que “el Estado debe garantizar que los miembros [de las comunidades indígenas afectadas] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.”³⁷ En atención a los antecedentes normativos expuestos, la temática del reparto de beneficios debe integrar la

³³ Chile, Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente. <http://bcn.cl/4tgg>

³⁴ Caso Saramaka vs. Surinam, supra nota 22, párr. 129; Convenio 169 de la OIT, artículos 6, 7 y 15.

³⁵ UNEP/CBD/COP/DEC/VII/16, 13 de abril de 2004

³⁶ Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Observaciones sobre la situación Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el proyecto hidroeléctrico Chan 75 (Panamá), A/HRC/12/34/Add. 5 (7 de septiembre de 2009), párr. 40.

³⁷ Caso Saramaka vs. Surinam, supra nota 22, párr. 129.

lista de asuntos a incorporar en la reglamentación de los proceso de consulta de proyectos de inversión.

D. Conclusión

77. El Relator Especial agradece al Gobierno de Chile la posibilidad brindada de ofrecer su asistencia técnica en relación con su Propuesta de Nueva Normativa de Consulta. En opinión del Relator Especial, los esfuerzos desplegados en relación a reglamentar el cumplimiento del deber de consulta representan pasos importantes en dirección a avanzar en la implementación de las obligaciones del Estado en relación a los derechos de los pueblos indígenas del país.

78. El Relator Especial considera que la Propuesta es de utilidad para abrir un debate respecto a mecanismos y los estándares que deben cumplir los procesos de consulta, para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y dar cumplimiento a las obligaciones estatales. Sin embargo, como se ha indicado en las páginas precedentes, resulta ineludible realizar ajustes y modificaciones al texto actual de la Propuesta, en vista de las normas internacionales en esta materia. Además, es necesario avanzar en un proceso de dialogo 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.