

¿GOBERNAR CONSULTADO?
ANÁLISIS COMPARATIVO RESPECTO DE LOS PROBLEMAS
EN RELACIÓN A LAS BASES Y OBJETOS DE LA CONSULTA
INDÍGENA (CONVENIO 169) EN LOS REGLAMENTOS
APROBADOS EN CHILE

SALVADOR MILLALEO, PH.D.¹

Para ser libre no basta deshacerse de las cadenas de uno, sino vivir de una manera que respete y mejore la libertad de los demás.
(Nelson Mandela. *Un largo camino a la libertad*, 1995)

En este ensayo analizaremos los reglamentos de consulta indígena que se han dictado en Chile para la implementación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, desde 2009. Este análisis comparará las diversas instituciones relacionadas con estos reglamentos –el Decreto Supremo 124/2009, Decreto Supremo 40/2013 y Decreto Supremo 66/2013– en vista a su consistencia con los estándares internacionales de DD.HH., incluyendo las jurisprudencias internacionales y nacionales de la región latinoamericana.

Preliminarmente se revisarán los fundamentos e importancia de la consulta indígena, pasando posteriormente al análisis comparativo y culminando con el análisis de las posibles soluciones a los problemas presentados por los reglamentos de consulta aprobados en Chile en el contexto de la experiencia de América Latina.

Consulta Indígena: La justicia de la participación

Uno de los principales avances del derecho internacional de los derechos humanos fue el reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Este principio ha sido reflejado principalmente

en los arts. 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, desarrollado por los cuerpos de supervisión de las Naciones Unidas en sus procesos de revisión periódica de dicha convención, no solo en la OIT, sino en todas las instancias donde se ha revisado el cumplimiento de los derechos indígenas. Por otra parte, los Estados han aceptado el principio de la consulta en sus contribuciones a la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas y al proceso aún abierto por la OEA con el mismo objeto. James Anaya concluye al respecto que el principio de consulta indígena ha llegado a ser, de esa manera, parte del derecho consuetudinario internacional, más allá de los instrumentos que lo establecen expresamente (Anaya, 2005: 7).

La consulta indígena se apoya, por otra parte, en el art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual se refiere a los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. En el Comentario General núm. 23 del Alto Comisionado para los DD.HH. de la ONU, se ha interpretado ese derecho como relacionado con el derecho de los pueblos indígenas a controlar y usar sus territorios y recursos, incluyendo el deber positivo del Estado de asegurar la participación efectiva de los miembros de las comunidades minoritarias en las decisiones que los afecten (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, § 7, 1994; CCPR/C/CHL/CO/5, 2007, § 19; CCPR/C/PAN/CO/3, 2008, § 21; CCPR/C/NIC/CO/3, 2008, 21).

El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Comentario General núm. 21, ha expandido el derecho a la cultura de los pueblos indígenas del art. 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hacia la consulta, incluyendo los derechos a la restitución de los territorios y recursos tradicionalmente usados por los pueblos indígenas si son tomados sin consulta previa con las comunidades afectadas (E/C.12/GC/21, 2009).

A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General núm. 23, requiere a los Estados asegurar que los pueblos indígenas tengan iguales derechos a participar en la vida pública y que ninguna decisión que los afecte directamente sea tomada sin su consentimiento previo e informado (Supp 18. A/52/18, 1997: § 4(2)).

¹ Abogado y sociólogo. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 se refiere en varias reglas a la consulta. El art. 19 de la Declaración es el que se refiere a la consulta en los términos más amplios, indicando que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Especialmente respecto a los proyectos que afecten a las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, ha sido establecido un estándar reforzado en la declaración –art. 32.2– exigiendo para su aprobación la necesidad de un consentimiento libre, previo e informado en lugar de una consulta que persiga dicho consentimiento. Finalmente, la Declaración exige también un consentimiento libre, previo e informado para el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios (art. 10) y para el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29.2).

Existe controversia acerca del carácter jurídico vinculante de la Declaración. A pesar de que no se trata directamente de una convención, sino de *soft law*. James Anaya y Bartolomé Clavero consideran que ésta representa y afirma el derecho internacional consuetudinario (Clavero, 2005; Anaya, 2009), aunque otros consideran que es demasiado temprano para hablar de la emergencia de una regla de costumbre internacional al respecto (Xanthaki, 2009; Allen, 2011). Sin embargo, la Declaración ha sido reconocida como un estándar normativo dentro del sistema interamericano de DD.HH. y en la práctica jurídica interna de muchos Estados latinoamericanos (Davis, 2008; Barelli, 2009; Ward, 2011: 59).

La OIT considera la consulta como la piedra angular del Convenio 169, al permitir el diálogo entre los pueblos indígenas y tribales con los gobiernos (GB. 280/18/5 § 43). Dicha organización internacional ha señalado que la consulta indígena debe considerarse una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses

contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos (OIT, 2009). Incluso el Banco Mundial ha reconocido que cuando a los pueblos indígenas y sus comunidades afectadas se les ha negado el derecho a participar, influir y compartir el control sobre las iniciativas y decisiones de desarrollo, el resultado ha sido a menudo el surgimiento de múltiples conflictos que han sido perjudiciales para los intereses de los participantes (World Bank, 2003: 18). Por otra parte, la consulta indígena constituye una proyección del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas (UN Development Group, 2008: 13 y ss.).

El derecho a la consulta indígena no puede considerarse un fin en sí mismo, sino como una pieza maestra dentro de un sistema de derechos de los pueblos indígenas. Se trata entonces de un derecho procedimental que resguarda los derechos indígenas sustantivos. La consulta sirve como una garantía contra las medidas que afectan los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, tales como sus derechos de propiedad y no discriminación en relación a sus territorios y recursos naturales (E/C.19/2013/15, 2013, § 33; A/HRC/21/47, 2012, § 49). De esa manera, la consulta es un instrumento para la realización de derechos indígenas –junto a otros instrumentos como los estudios de impacto, la participación en los beneficios y las medidas de mitigación y compensación por los impactos negativos– como los derechos de propiedad, la cultura, la religión y la no discriminación en relación con las tierras, territorios y recursos naturales, incluidos los lugares sagrados y los objetos; los derechos a la salud y el bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable, y los derechos para establecer y perseguir sus propias prioridades de desarrollo, incluido el uso de los recursos naturales, como parte de su derecho fundamental a la libre determinación (Ibíd., § 50).

Por lo anterior, la justificación de la consulta como derecho procedimental se encuentra en la protección de esos derechos, justificándose en última instancia por el carácter generalmente marginado que tienen los pueblos indígenas en la esfera política (Ibíd., § 51).

El Relator Especial para los derechos de los pueblos indígenas ha defendido la idea de que la consulta proporciona resultados positivos para decisiones consultadas. Para el Relator, los procedimientos de

consulta son los canales a través de los cuales los pueblos indígenas pueden contribuir activamente a la evaluación previa de los posibles impactos de una medida o proyecto. Además, los procedimientos de consulta son cruciales para la búsqueda de alternativas menos nocivas en la definición de medidas de mitigación. Las consultas también deberían ser, idealmente, los mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan asegurar que son capaces de fijar sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo (Ibídem, § 66).

Sin embargo, esta argumentación consecuencialista —es decir, que valora la legitimidad de la consulta por los resultados que producen las decisiones consultadas— no es la mejor defensa que se puede ofrecer de la consulta indígena. La principal razón moral que subyace al derecho a la consulta está sustentada en una argumentación moral formal que valora el procedimiento de la consulta por sí mismo, independientemente de sus resultados.

La principal justificación moral de la consulta indígena la constituye un modelo de justicia procedimental. La justicia procedimental es aquella en que el juicio de legitimidad de una decisión considera las propiedades del procedimiento que se ha seguido para tomarla.

Es muy célebre al respecto la clasificación de John Rawls en su *Theory of Justice* entre justicia procedimental perfecta, imperfecta y pura (Rawls, 1971: 85 y ss.). La justicia procedimental perfecta se caracteriza porque poseemos un criterio independiente sobre qué constituye un resultado justo y un procedimiento que nos garantiza que se llegará a un resultado justo, en tanto que en la justicia procedimental imperfecta solo poseemos una idea acerca de cuál es el resultado justo, pero carecemos del procedimiento que nos asegure que dicho resultado será conseguido. Por último, la justicia puramente procedimental se refiere a situaciones en las que no poseemos criterios —que sean claramente compartidos— sobre qué constituye un resultado justo, salvo los que derivan de las propiedades del procedimiento.

La justicia de la consulta indígena, esto es, su legitimidad moral, es un ejemplo de un mecanismo que se fundamenta en consideraciones de justicia puramente procedimental, en el cual se le atribuye legitimidad a un resultado, solo debido a las características

del procedimiento. En definitiva, la justicia del procedimiento de consulta radica en que la legitimidad del procedimiento transfiere legitimidad a la decisión que resulta de él, aunque guardemos dudas o creamos que el resultado es un error en sus méritos substantivos (Solum, 2004: 7).

Esto puede suceder en un entorno de incertidumbre fundamentalmente gracias a la participación. El modelo de participación define un procedimiento justo cuando éste permite a aquellos que se ven afectados por su decisión tener la oportunidad de participar en el proceso de formación de dicha decisión (Ibídem: 70 y ss.). La autoridad de la decisión se basa en un conjunto de propiedades del procedimiento que permiten dicha participación y que se determinan como propiedades relacionales de la intervención de los sujetos que toman parte en la formación de la decisión. Dichas propiedades se identifican con tres características básicas que debe cumplir el procedimiento para conseguir ganar adhesión para la decisión: a) imparcialidad, b) confiabilidad de la autoridad que dirige el procedimiento, c) tratamiento digno y el reconocimiento del estatus de los intervinientes (Tyler y Lind, 1992).

En un entorno altamente incierto respecto a los resultados de los procesos de decisión pública, debido a los conflictos históricos entre los Estados y los pueblos indígenas y la divergencia de intereses entre éstos, aquellos y las empresas involucradas, solo es posible adherir a la decisión resultante como legítima en temas indígenas, cuando hay participación de todos los afectados —incluyendo a los pueblos indígenas— en condiciones de imparcialidad, confiabilidad y reconocimiento digno de las partes. Esto es lo que justifica en definitiva, y más que cualquier otra consideración, la consagración y correcta implementación del derecho de consulta indígena.

Resistencias al Convenio 169 y la oposición a lo global

El Convenio 169² fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en el año 1989, y fue aprobado por el Congreso Nacional de Chile en marzo del 2008,

2 Promulgado por D.S. 236/2008, MINREL.

entrando en vigencia un año después (15 de septiembre de 2009). El Convenio fue suscrito por Chile en 1990 y fue ingresado al Parlamento ese mismo año para su ratificación. La tramitación fue sumamente lenta, resultando finalmente aprobado por la Cámara de Diputados en 2000. Ese mismo año, un grupo de parlamentarios presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad del Convenio, el cual fue rechazado.

Uno de los factores decisivos para impulsar la aprobación del Convenio en 2008 fue la muerte del estudiante universitario mapuche Matías Cattrileo a manos de Carabineros de Chile, durante el ingreso de un grupo de jóvenes activistas al fundo Santa Margarita, el 3 de enero de 2008 (CONAPACH, 2010: 25).

Las razones que pueden explicar la demora de casi 20 años en la ratificación del Convenio por parte de Chile, podrían resumirse en las siguientes:

- Significativos actores de la política nacional, fundamentalmente la derecha, pero también sectores de centro-izquierda han considerado que las demandas de reconocimiento de derechos indígenas como los que establece el Convenio 169, no corresponden a las prioridades de los individuos indígenas, las cuales serían de índole socioeconómica (Von Baer e Igor, 2008; Donoso, 2008: 4).
- Esos mismos sectores consideran a los pueblos indígenas como poblaciones que no pueden distinguirse respecto del resto de la nación chilena a la que estarían integrados (Donoso, 2008), o bien como individuos que no podrían diferenciarse de otros basados en patrones étnicos (Mascareño, 2007).
- En muchos casos, dichos sectores consideran peligrosa la implementación de los conceptos del Convenio 169, pues separaría o segregaría a los pueblos indígenas de la nación chilena en base a patrones raciales, opinión que se refleja abundantemente en la discusión parlamentaria (Silva, 2009: 63 y ss.; Gaete, 2012: 99 y ss.).
- Los derechos consagrados en el Convenio son resistidos por los sectores empresariales, al incrementar los costos de sus actividades económicas relacionadas con recursos naturales vinculados

a los pueblos indígenas. En este aspecto, juegan un rol esencial las reglas sobre la consulta que contiene el Convenio 169.

La aprobación interna del Convenio 169 fue un proceso tortuoso, que reflejó la oposición descrita anteriormente, incluyendo varios requerimientos al Tribunal Constitucional y el intento fallido de Chile de limitar los efectos del Convenio, evitando que reflejara la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, mediante una declaración interpretativa unilateral al momento de depositar la ratificación del convenio en la OIT. Dicha declaración indicaba:

El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al art. 35, del referido instrumento internacional, en el sentido que éste solo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes.

Esta declaración fue rechazada por la OIT, por ser inconsistente con lo señalado por el propio art. 35 del Convenio (Silva, 2009: 64 y ss.), debiendo hacerse una ratificación pura y simple.

La oposición a los derechos indígenas, incluyendo la consulta indígena, ha discurrido por motivaciones económicas, por la disputa sobre el acceso a los recursos naturales vinculados a los pueblos indígenas, que son los que en última instancia el derecho a la consulta protege. Pero también la oposición se vincula a semánticas políticas relacionadas con la soberanía nacional —rechazando la noción de pueblos indígenas y el derecho a la autodeterminación— y a las nociones de derechos fundamentales para los individuos —rechazando la noción de derechos fundamentales de grupo o colectivos que se realiza en los derechos indígenas.

Esta oposición procura desafiar los resultados del cambio progresivo en las semánticas y repertorios de justificación respecto al desarrollo de los derechos humanos en el derecho global. La institucionalización de los derechos humanos en la sociedad mundial ha implicado

una compleja combinación de elementos formales (interestatales) e informales (sociedad civil global), declarativos (*soft law*) y vinculantes (*hard law*), los cuales están creando constelaciones nuevas de titulares de derechos como en el caso de los pueblos indígenas; de destinatarios, como en el caso de las responsabilidades de las empresas; y nuevas autoridades de control. Estas transformaciones han cambiado las clásicas relaciones entre Estado e individuos, reinstalándolas en un escenario más amplio de relaciones entre Estados, diversos tipos de movimientos sociales, así como agentes tecnológicos y económicos. Estas transformaciones no son ni comprendidas ni deseadas por los actores del ala derecha en el sistema político chileno, los cuales hasta ahora han buscado –en los temas indígenas– mantener desacoplado el desarrollo jurídico nacional respecto de las transformaciones globales.

Análisis de los reglamentos chilenos de consulta ante los estándares internacionales

Durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, el 25 de septiembre de 2009 se publicó el D.S. 124 del Ministerio de Desarrollo y Planificación que reglamenta la consulta indígena. Dicho reglamento se dirige principalmente a reglamentar el art. 34 de la Ley Indígena, Ley 19.234, regulando la obligación de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas.

Este reglamento presentaba diversas falencias en el cumplimiento de los estándares internacionales y despertó profundo rechazo en los pueblos indígenas, así como observaciones críticas. En un intento por resolver dichos problemas, el gobierno de Sebastián Piñera elaboró en 2013 el D.S. 66, hasta la fecha pendiente de toma de razón por Contraloría.

En medio de las discusiones sobre el Decreto 124, se dictó en 2010 la Ley 20.417, que creó el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, estableciendo una nueva institucionalidad en asuntos ambientales y modificando la Ley 19.300. En esta nueva institucionalidad, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) se hace cargo del sistema de evaluación

de impacto ambiental (SEIA). Esta ley no introdujo ninguna regla sobre la consulta indígena en materias ambientales.

Sin embargo, el 12 de agosto de 2013 se tomó razón de un nuevo reglamento SEIA, el cual sujeta al sistema de estudios de impacto ambiental los proyectos que se localizan en o son próximos a los pueblos indígenas (art. 8). Este proceso de regulación de la consulta indígena puede ser caracterizado en general por las siguientes propiedades:

- Se trata de un proceso de escaso éxito: El D.S. 124 no fue consultado, nunca fue aceptado por los pueblos indígenas y no ha sido aplicado. Por dicha razón el gobierno de Sebastián Piñera llamó a un nuevo proceso de consulta –dando por resultado los Decretos 40 y 66, –que ha sido cuestionado por ser excluyente y conducido de mala fe, por razones que veremos más adelante.
- No existe hasta el día de hoy un procedimiento de consulta en cuyas reglas los pueblos indígenas y el Estado concuerden, de manera de proveer de una legitimidad procedimental las decisiones que el Estado tome respecto a los pueblos indígenas.
- Los defectos de todos los procesos llevados a cabo hasta la fecha han sido advertidos tempranamente por organismos internacionales y nacionales de DD.HH., sin ser atendidas a cabalidad sus directrices acerca de los estándares que debe cumplir la consulta indígena.
- Uno de los elementos más complejos en el desarrollo de estos problemas ha sido la aprobación sucesiva de leyes en el Congreso, muy relevantes para el acceso a los recursos naturales y la forma de vida de los pueblos indígenas, sin que se haya efectuado una consulta de ellas en términos del Convenio 169.
- Dentro de este proceso, muchos proyectos de inversión se han visto cuestionados ante los tribunales mediante el uso de recursos de protección de parte de comunidades indígenas afectadas, cuya argumentación se basa en el derecho a la consulta del Convenio 169. Esto ha marcado el ejercicio continuo de presiones por parte de los sectores empresariales hacia los gobiernos para obtener un marco regulatorio de la consulta indígena que sea conveniente a sus intereses.

Respecto de este último punto, ha sido una característica genérica de la argumentación de los sectores empresariales, indicar las incertidumbres que habría estado provocando la implementación del Convenio 169 para diversas inversiones, implicando la pérdida de abultadas sumas de dinero, cuya inversión estaría paralizada debido al Convenio y a la judicialización de los conflictos que ha traído aparejada. Esto está bien ejemplificado en la editorial del diario *El Mercurio* del 28 de noviembre de 2013:

El derecho indígena a la consulta se encuentra establecido en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile en 2009, que ha causado desde sus inicios gran controversia, debido a sus múltiples imprecisiones y ambigüedades. De hecho, desde 2010 se ha paralizado una cantidad considerable de proyectos que supuestamente habrían incumplido la obligación de consulta, y cuyo impacto económico ha sido estimado por la Corporación de Bienes de Capital en más de 33 mil millones de dólares, solo en lo que a inversiones mineras y eléctricas se refiere. Es obvia la pérdida de oportunidades de crecimiento regional y nacional que significa lo anterior.³

La visión empresarial de la consulta indígena consiste en asociarla a costos de transacción de las actividades de inversión, los cuales deben ser minimizados o cuando menos predeterminados para que resulten calculables. En cualquier caso, estos sectores buscan evitar un poder de veto de los pueblos indígenas sobre los proyectos de inversión.⁴

Han sido las necesidades de los empresarios las que han conducido básicamente los procesos de regulación de la consulta indígena, como se podrá ver en sus resultados. El mismo mecanismo de la consulta del Convenio 169, fue declarado *self-executing* por el Tribunal

3 Editorial: Nueva Regulación de Consulta Indígena, *El Mercurio*, 28.11.2013, <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/11/28/17346/Nueva-regulacion-de-consulta-indigena.aspx> Consultado 10.12.2013

4 Editorial: Dificultades para Aplicación del Convenio 169, *La Tercera*. 1.08.2013, p. 41.

Constitucional en el año 2000.⁵ Esto quiere decir que las reglas del tratado fueron consideradas con el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno (Considerando 48°, 5°-8°).

La consulta sobre la consulta

Un punto común de los tres reglamentos analizados aquí es el defecto de sus propios procesos de formación. Esto significa que no han cumplido a cabalidad con los estándares internacionales respecto a cómo debe acordarse el procedimiento de consulta.

El Decreto 124 fue promulgado el 4 de septiembre de 2009 y entró en vigencia tras su publicación en el *Diario Oficial* el 25 de septiembre del mismo año, a poco más de una semana de que comenzara a regir el Convenio 169 en Chile. Este decreto fue dictado sin haber sido consultado o siquiera informado de ninguna manera sobre sus contenidos normativos a los pueblos indígenas (Ríos, 2011: 20).

En efecto, si la regulación de la consulta se hacía por medio de un reglamento del Ejecutivo, es claro que como medida administrativa, que sin lugar a dudas afecta a los pueblos indígenas, tiene que ser consultada con estos últimos, en conformidad a los términos del Convenio 169. Por otra parte, el art. 33.2 del Convenio impone a los Estados parte la obligación de aplicar las reglas del mismo Convenio 169 en cooperación con los pueblos indígenas. El que no ocurriera tal consulta contravino los estándares internacionales que el mismo Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas había determinado para el caso de Chile.

El relator James Anaya, había indicado la necesidad de efectuar una consulta sobre el procedimiento de la consulta con el objeto de “determinar el procedimiento para implementar en Chile los estándares internacionales en las consultas propiamente dichas, antes de la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos indígenas o a una comunidad indígena” (A/HRC/12/34/Add.6, 2009, § 11).

5 Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, Sentencia, Rol 309/2000.

Además, añadía que la consulta de la consulta podría ser necesaria para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas. Por esas razones, recomendó someter a consulta el proyecto de consulta provisional que el gobierno estaba elaborando: “El Relator Especial enfatiza que tal reglamento debe ser consultado previamente con los pueblos indígenas del país y debe contemplar los requisitos esenciales de la consulta establecidos en las normas internacionales” (Ibídem, § 12).

Es esclarecedor el comentario que ha formulado Matías Meza-Lopehandía, respecto a la actitud que se tomó durante el primer gobierno de Bachelet en este tema:

Resulta difícil de explicar por qué el gobierno, conociendo la recomendación del Relator, haya insistido en este reglamento. Podría pensarse que lo que se busca es implementar rápidamente un mecanismo para realizar una “consulta sobre la consulta” de buena fe, que le permita llevarlas a cabo conforme al estándar internacional. Sin embargo, esta posibilidad se diluye al menos frente a dos cuestiones. La primera es que si bien el artículo transitorio establece el carácter provisional del reglamento, su redacción y contenido no reflejan dicha provisionalidad. Regula en forma genérica la consulta y también la participación. Si se tratara de un reglamento ad hoc, solo encontraríamos normas relativas a una consulta específica, que debería incluir –conforme a las recomendaciones del Relator– la asesoría de expertos independientes y no habrían alusiones a cuestiones generales como la competencia para definir la pertinencia de la consulta. En el mismo sentido, se habría fijado un plazo o condición para su aplicación transitoria, de manera de establecer claramente su período de vigencia y su reemplazo por normas permanente de aplicación general. En segundo lugar, se advierte una conducta reñida con la buena fe en la parte considerativa del decreto. Allí se pretende fundar la legitimidad del reglamento justamente en las recomendaciones del Relator. (Meza-Lopehandía, 2009: 3).

En cuanto al alcance de la mala fe, que argumenta Meza-Lopehandía, en efecto, el gobierno en su memoria indica que el reglamento tenía el carácter de provisorio, correspondiendo, según alega el gobierno chileno (Gobierno de Chile, 2010: 29), a lo que había indicado el relator Anaya al señalar en los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, que deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad-hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena. El gobierno indicó que el artículo transitorio del D.S. 124 establecía que una vez entrado en vigencia el decreto, se sometería a consulta el procedimiento de consulta.

Lo anterior podría hacer pensar que los defectos del D.S. 124 se deberían a una medida apresurada y poco reflexiva del gobierno chileno, que esperaba que pudiera corregirse en el desarrollo de un proceso posterior de consulta, pero el resto de los contenidos normativos del reglamento –según veremos– hacen que el análisis deba inclinarse por la tesis de la mala fe que sostiene Meza-Lopehandía.

El gobierno chileno realizó algunos procedimientos destinados a consultar el proyecto de reforma constitucional que había enviado al Parlamento para reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, otra para la participación política indígena en el Parlamento, los consejos regionales y en un Consejo de Pueblos Indígenas. De acuerdo a los consejeros de CONADI, dicha consulta tampoco cumplía con los estándares internacionales:

La consulta realizada por el gobierno el año 2009 y 2010 para el reconocimiento constitucional, fue prácticamente una encuesta, que vulneró los estándares más básicos del Convenio 169 de la OIT, que señala que la consulta es un procedimiento de negociación para llegar a un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas.⁶

Los dirigentes Cecilia Flores y Marcial Colín, asesorados por la Universidad Diego Portales, presentaron en 2011 una solicitud

⁶ Consejeros de CONADI, Carta Pública a la Comisión de Constitución del Senado, 10 de marzo de 2011: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/reforma/declaraciones/731-2011-03-carta-consejeros-conadi.html> Consultado 10.12.2013.

de invalidación, por vicios formales y materiales, del D.S. 124 que afectarían los arts. 5°, inciso 2, y 7°, de la Constitución (Sanhueza, 2013: 239).

Procesos (intentos) de consulta emprendidos por los gobiernos recientes

| Gobierno Bachelet 2006-2010 | Gobierno Piñera 2010-2013 |
|--|---|
| Consulta sobre Participación Política en el Parlamento y Consejos Regionales y Creación del Consejo de Pueblos Indígenas | Consulta sobre modificación legal del Decreto Ley 701 |
| Consulta sobre el Reconocimiento Constitucional | Gran Consulta Nacional Indígena 2011: |
| Consulta sobre la Creación del Parque Nacional Salar del Huasco | Consulta sobre la Consulta |
| Consulta sobre repatriación de restos indígenas canoeros, encontrados en la Universidad de Zürich, Suiza | Consulta sobre el Reconocimiento Constitucional |
| Consulta sobre el proyecto de Reforma Constitucional en materia migratoria que modifica el art. 126 bis sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández | Consulta de la Nueva Institucionalidad |
| Consulta para la salida de un moái a París | Consulta sobre el Censo 2012 |
| Consulta PDTI Indígena de INDAP | Consulta Reglamento SEIA |
| Consulta sobre modificación del límite intercomunal Freire - Padre las Casas | Mesa de Consenso 2012: |
| Consulta para la implementación del diseño curricular bilingüe para el segundo año básico. | Consulta sobre la Consulta |

Fuente: Elaboración propia.

Una vez arribado al gobierno, en marzo de 2010, el presidente Sebastián Piñera, mantendrá el mismo curso que el gobierno anterior. A pesar de las peticiones de las organizaciones de los pueblos indígenas y de los organismos internacionales, el Ministerio de Planificación Social, mediante la Resolución exenta 0289, de 6 de marzo de 2012, mantendrá en vigor el D.S. 124.

En marzo de 2011 el Ministerio de Planificación del gobierno de Piñera anunció el lanzamiento de un gran proceso de Consulta Nacional Indígena –con el apoyo financiero del proyecto Cohesión Social UE-Chile. Este proceso de consulta abarcaría cinco temas:

i) La reforma para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, ii) el proyecto de ley para la creación del Consejo de Pueblos Indígenas y la creación de una agencia de desarrollo indígena que sustituya a CONADI, iii) las preguntas en cuestiones indígenas del censo nacional de 2012, el reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA) y el reglamento de consulta indígena.

Numerosas organizaciones indígenas manifestaron su disconformidad con el proceso de consulta nacional indígena convocada por el gobierno de Piñera. Entre ellas, el Encuentro de Autoridades Tradicionales y Dirigentes Indígenas Autoconvocados, en un seminario de los días 3 y 4 de mayo de 2011, invocó las siguientes razones –entre otras– para oponerse al proceso de la gran consulta:

- La gran “consulta nacional” es un proceso convocado arbitrariamente sin una pre-consulta, imponiendo una agenda de temas, un orden, plazos y procedimientos inadecuados y arbitrarios.
- No cumple con el requisito de consultar a los pueblos indígenas a través de “procedimientos apropiados y de sus instituciones representativas” y “de una manera adecuada a las circunstancias”.
- No cuenta con la representatividad efectiva establecida desde los pueblos indígenas, reduciendo tal “representatividad” al Consejo de CONADI y reuniones dispersas de grupos indígenas.
- No es un proceso de diálogo entre pueblos indígenas y gobierno. No se contemplan instancias válidas de diálogo y procedimientos de acuerdo.
- Se excluye al Congreso de un proceso de consulta de las medidas legislativas.
- No es un proceso de buena fe y tendiente a acuerdos entre gobierno y pueblos indígenas, habiendo declarado el gobierno que no cambiará sus políticas tras la consulta.
- La “Consulta Nacional Indígena” introduce a los pueblos indígenas en un proceso de entrampamiento burocrático, ininteligible y de captación (entrega de recursos en dinero).

En agosto de 2011, los senadores Navarro, Girardi, Gómez, Lagos y Quintana presentaron un proyecto de acuerdo al Senado, el cual

fue aprobado en la Cámara Alta, donde solicitaron la suspensión de los procesos de la “gran consulta” por su irregularidad frente a los estándares internacionales. Ese mismo septiembre, ante los cuestionamientos, el gobierno suspendió el proceso, salvo en cuanto a la consulta del Reglamento SEIA.

Entonces la CONADI creará la “Comisión de Consulta” conformada por consejeros indígenas y que tenía por fin organizar un nuevo proceso de Consulta respecto de la Consulta— presidida por el Consejero Rafael Tuki y luego por Marcial Colín.⁷

En 2012, la “Comisión de Consulta” de CONADI hizo un llamado a diversas organizaciones indígenas a participar en el proceso. Entre el 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2012 se llevó a cabo en Santiago un “Gran Encuentro de Pueblos Indígenas”, que reunió a 250 representantes indígenas. Tanto antes como durante ese encuentro, muchas autoridades, dirigentes y organizaciones indígenas declinaron incorporarse al el proceso de consulta. Entonces el gobierno decidió continuar la consulta sobre los mecanismos de consulta indígena a través de una “Mesa de Consenso” que se instalará en marzo de 2013.

Desde un comienzo se restaron del proceso grandes organizaciones indígenas. Otras importantes organizaciones se retiraron del proceso durante su transcurso, y algunas no fueron incluidas en el proceso por la coordinación que hizo la “Comisión de Consulta” de CONADI. La “Mesa de Consenso” determinó solo invitar a las organizaciones que hubiesen presentado contrapropuestas frente a la propuesta de procedimiento de consulta que había presentado el gobierno (Gobierno de Chile, 2013: 11). De acuerdo al informe del INDH:

Importantes sectores, organizaciones, dirigentes y autoridades indígenas se restaron de participar de esta instancia o se desistieron, en el transcurso de ella, de continuar su participación. Es el caso de dirigentes y representantes del pueblo rapanui (representantes electos de la Comisión de

7 *Mapuexpress*: Chile: Reglamento de Consulta Indígena Fraudulenta, 13.12.2013, en: <http://mapuexpress.org/chile-reglamento-de-consulta-indigena-fraudulenta/> Consultado 10.12.2013.

Desarrollo de Isla de Pascua, y representante electo Consejo Nacional CONADI), quienes en el mes de abril se retiraron de la Mesa y hacen llegar su propia propuesta de consulta al gobierno y mantienen firme su postura de reglamentar en un proceso autónomo y propio para la isla un reglamento especial, el que de acuerdo a la información recibida continúa siendo negociado con autoridades del Estado. Igual postura fue hecha pública, e informada al INDH, por representantes de los pueblos indígenas aymara, likan antay y quechua, que hasta el mes de mayo se mantuvieron en la Mesa y que a partir de esa fecha deciden marginarse de la misma. Organizaciones y representantes indígenas aymara mediante comunicado público igualmente hacen saber su rechazo a los esfuerzos desplegados.

Hubo organizaciones que efectivamente no participaron desde un inicio, a pesar de que el Estado apoyó con los medios a su alcance para que las instituciones representativas que quisieran hacerlo pudieran participar. Aun así se excluyeron del proceso el Pacto por la Autodeterminación Mapuche, que agrupa a organizaciones, dirigentes y autoridades tradicionales y ancestrales del pueblo mapuche (Ad-Mapu, Consejo de Todas las Tierras, lonkos de Temucucui, Temulemu, entre otros). Otras instancias como las Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados han formulado similares declaraciones. La Alianza Territorial Mapuche –ATM–; la Comunidad Indígena Kawésqar de Puerto Edén y muchas otras organizaciones sostuvieron igual postura. Representantes likan antay del Alto Loa, pertenecientes a las comunidades de Cupo, Chiu Chiu, Estación San Pedro, entre otras que conforman la ADI del Alto Loa y que nos informaron en una reunión sostenida en Calama en el mes de agosto de este año de su negativa a participar de este esfuerzo.

A ello se sumó el rechazo de los representantes indígenas en la Mesa de Consenso a sumar algunas organizaciones, las que solicitaron su incorporación en dicha instancia. Es el caso

de las comunidades mapuche de la ADI de Ercilla; el representante diaguita de la comuna de Vallenar; el representante aymara de la región de Tarapacá, agrupadas en la organización COPRAY. 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.

Finalmente debemos señalar que de los ocho representantes indígenas electos de la CONADI se restaron de este esfuerzo seis. Extrañamos en este proceso la ausencia de ediles y otros representantes de elección popular pertenecientes a los pueblos indígenas, entre otros a Adolfo Millabur, presidente de Identidad Lafkenche y alcalde de la comuna de Tirúa, organización mapuche que tuvo una destacada participación en la generación de la ley de Borde Costero (INDH, 2013: 14-15).

Las organizaciones que se restaron al procedimiento de consulta desde un principio coinciden en fundamentar su rechazo en los problemas de centralismo, falta de participación, exclusiones deliberadas y defectos de representatividad de los dirigentes que estaban llevando a cabo la consulta indígena, así como carencia de métodos adecuados a las prácticas tradicionales de toma de decisión por parte de los diferentes pueblos indígenas. Adicionalmente, la justificación de la no participación ha radicado también en la limitación arbitraria de los contenidos que el gobierno considera como consultables con los pueblos indígenas. Por ello, muchas organizaciones indican que la propuesta y coordinación de parte del gobierno estaban desarrollándose de mala fe –como es manifiesto en la declaración de las “Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados”,⁸ y en el rechazo de los

8 *Mapuexpress*: Autoridades ancestrales, organizaciones y comunidades de los pueblos indígenas en Chile señalan que reglamento consulta es ilegítimo y no lo reconocen. 3.12.2013, en: <http://mapuexpress.org/autoridades-ancestrales-organizaciones-y-comunidades-de-los-pueblos-indigenas-en-chile-senalan-que-reglamento-consultas-ilegitimo-y-no-lo-reconocen/> Consultado 10.12.2013.

Consejeros Indígenas Iván Carilao, Claudia Paillalef, Wilson Reyes y Zenón Alarcón.⁹

En particular, las comunidades aymara y quechua del norte del país rechazaron la Mesa de Consenso por ser dirigida por una autodenominada Coordinadora Nacional Indígena con “una actitud abusiva y autoritaria en forma constante, limitando la participación de otras organizaciones, representantes y pueblos indígenas”.¹⁰

En estas condiciones fue que se elaboró el D.S. 66, el cual fue firmado en noviembre de 2013.

Tanto el Relator Especial James Anaya, como la OIT y el INDH se han referido al proceso en el cual se elaboró el Decreto 66, indicando que la representatividad de las autoridades y dirigentes que participan en los procesos de consulta es fundamental para la legitimidad de todo el procedimiento. A este respecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2008, § 18), que son los pueblos indígenas y no el Estado los que determinan quienes son sus representantes en los procedimientos de consulta. La cuestión de la representatividad debe decidirse internamente por los pueblos indígenas y por cada uno de ellos desde su especificidad.

En 2011, en sus observaciones especiales sobre Guatemala, el Relator Especial Anaya reconoce los problemas de representatividad que pueden surgir, pero recalca que son los mismos pueblos indígenas los que deben resolver sobre su representatividad:

El Relator Especial es también consciente de que la diversidad de formas y niveles de representación indígena puede representar para el gobierno una dificultad añadida a la hora de llevar a cabo consultas genuinas. Los propios pueblos indígenas deberían contribuir a facilitar los proce-

9 *Mapuexpress*: Consejeros indígenas CONADI denuncian 'mesa de consenso' por 'consulta indígena', ante ONU, 22.05.2013: <http://mapuexpress.net/content/news/print.php?id=10358> Consultado 10.12.2013.

10 *Mapuexpress*: Declaración Representantes Aymara, Lickanantai y Quechua se retiran de mesa de consenso de consulta indígena. 30.05.2013: <http://mapuexpress.org/declaracion-representantes-aymara-lickanantai-y-quechua-se-retiran-de-mesa-de-consenso-de-consulta-indigena/> Consultado 10.12.2013.

sos de consulta, mediante sus propios sistemas de toma de decisiones, identificando estructuras representativas claras que faciliten los procesos de consulta (A/HRC/16/XX, 2011, § 50).

La falta de participación de un gran número de organizaciones, autoridades tradicionales y representantes indígenas en la Mesa de Consenso que fue consultada para la elaboración del D.S. 66, se debe a la falta de un acuerdo genuino acerca de cuáles son las condiciones mínimas aceptables para entrar en un diálogo sobre el procedimiento de consulta.

Si bien no es necesario el consentimiento en la mayoría de los casos en que debe realizarse una consulta, sostenemos que no ocurre lo mismo sobre su base inicial, esto es, la consulta sobre la metodología de consulta o “consulta de la consulta”, donde la falta de consentimiento sobre el procedimiento produce necesariamente que las decisiones de la consulta realizada con tal procedimiento no puedan ser consideradas propias por los sujetos a consultar. De esa manera, fallaría en su fundamento básico porque el procedimiento no inmunizaría las decisiones consultadas del rechazo de quienes crean que, son substancialmente erradas –el verdadero fin de la justicia procedimental– porque las posiciones de los sujetos afectados dentro del procedimiento de deliberación sobre la decisión no fue asegurado de una manera que dichos sujetos se puedan ver comprometidos con decisiones con cuyos contenidos están en desacuerdo.

Al respecto, es ilustrativa la decisión de la Corte Constitucional de Ecuador en 2010, en la cual se establece (Galvis y Ramírez, 2013: 113):¹¹

Considerando 10:

g). La definición previa y concertada del procedimiento[;]
se requiere que como primer paso de la consulta se defi-

11 Sentencia 001-10-SIN-CC, Casos 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010.

na, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas.

De la misma manera, la Corte Constitucional de Colombia ha fallado en 2009 lo siguiente (Ibídem, 189):¹²

16.6. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se define, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo.

Dicha decisión, exigiendo el común acuerdo sobre las bases de la consulta, fue ratificada por Colombia en 2010.¹³

A menos que los pueblos indígenas decidan deliberada y expresamente renunciar a la consulta, los gobiernos no pueden prescindir del consentimiento de los pueblos indígenas para el mismo procedimiento o metodología de consulta. En cualquier caso, la renuncia a la consulta no fue el caso de las organizaciones y pueblos que se restaron o retiraron del proceso de la Mesa de Consenso (INDH, 2013: 17).

Los pueblos indígenas deben deliberar y decidir libremente sobre sus representantes en procedimientos de consulta, especialmente en consultas sobre el mecanismo de consulta. Dicha representatividad no puede decidirse desde afuera, por los gobiernos u otros grupos, y debe decidirse por cada uno de los pueblos indígenas desde sus condiciones y métodos específicos, y no solo por “representantes indígenas” genéricos validados exclusivamente ante el Estado y que no han sido determinados para los propósitos de la consulta específica por los mismos pueblos en concreto, especialmente si pertenecen a otros pueblos indígenas. Las exclusiones que impuso

12 Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009.

13 Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010.

la Mesa de Consenso y la condicionalidad referida a la participación de organizaciones con contrapropuestas, son decisiones arbitrarias que vulneran la necesaria representatividad de quienes participan en el procedimiento de la consulta sobre la consulta indígena.

Los gobiernos no pueden imponer ni permitir que ciertos pueblos o sectores de ciertos pueblos impongan a otros ciertas condiciones sobre los procedimientos de consulta.

Respecto del D.S. 40, aunque el resto de la gran consulta fue suspendida, se dejó subsistente la consulta del Reglamento SEIA en virtud de lo acordado entre el director ejecutivo del SEA y los consejeros nacionales de la CONADI integrantes de la Comisión de Consulta. En dicha oportunidad (septiembre de 2011) acordó que la consulta de la propuesta del nuevo Reglamento SEIA continuara de forma independiente.

La Ley 20.417 de 2010 dispuso en su art. 4°:

Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior, obliga directamente al sistema de la nueva institucionalidad ambiental a adecuarse a los términos del Convenio 169 de la OIT. El director ejecutivo del SEA instruyó para tales efectos a las Direcciones Regionales para que personalmente o por intermedio de sus unidades PAC, convocaran a las instituciones representativas de los pueblos indígenas de sus respectivas regiones, para i) informar sobre la continuidad del proceso de consulta, ii) volver a informar sobre su contenido y alcance, iii) iniciar un proceso de diálogo sobre las mismas, iv) recoger sus principales aprensiones, y v) avanzar, en el marco de la legalidad vigente, en la búsqueda de acuerdos sobre su contenido (Gobierno de Chile, 2012, § 2 letra h)).

El INDH se ha referido al proceso de consulta del Reglamento SEIA, indicando su preocupación por el limitado alcance que tuvo, en consideración a la importancia que los temas medioambientales entrañan para los pueblos interesados, y recomienda que dicho reglamento sea sometido a un proceso de consulta efectivo acorde con los estándares internacionales en la materia (INDH, 2013b: 24).

En dicho sentido, el D.S. 40 también presenta problemas mayores de falta de representatividad y carencia de procedimientos apropiados para consultar a los pueblos indígenas, inclusive más que el D.S. 66, debido a la completa falta de diálogo con las principales organizaciones de los pueblos indígenas y a la prescencia del recursos a las autoridades representativas en el proceso de consulta que llevo a cabo el SEA.

El relator especial Anaya sintetizó, en sus observaciones sobre la reforma constitucional en materia de derechos indígenas en Chile (Relator Especial, 2009c), los principios del derecho internacional de los DD.HH. respecto a la consulta indígena:

- La Consulta debe realizarse con carácter previo.
- La Consulta no se agota con la mera información.
- La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
- La Consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
- La Consulta debe ser sistemática y transparente.
- La Consulta no es, en principio, vinculante, pero se dirige a llegar a un acuerdo.

Todos los procesos formativos de los reglamentos de consulta indígena estudiados fallan en considerar procedimientos adecuados y a través de las instituciones representativas indígenas.

En el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado 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” (§ 134).

No existe una única manera de realizar la consulta indígena, sino que ésta varía según la finalidad de la consulta, la naturaleza de las medidas consultadas y la situación específica de los pueblos indígenas que son sujetos de la consulta (Relator Especial, 2011, § 28). El Relator sintetiza así la variabilidad de la consulta:

A la luz de estos criterios mínimos de representatividad, podría señalarse que éstos i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género (Relator Especial, 2009c, § 21).

En las observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos en sus territorios tradicionales, el relator Anaya indica que debe haber formas diferenciadas y flexibles para efectuar la consulta, pero siempre respetando los principios de adecuación a las formas internas de toma de decisiones por los pueblos indígenas a través de sus autoridades representativas:

La idea de una comisión centralizada no es necesariamente contraria a los requisitos establecidos en las normas internacionales, y de hecho algunos países han optado también por este tipo de fórmula. Sin embargo, el Relator Especial constata que, en la medida de lo posible, y dependiendo de las circunstancias específicas y de la naturaleza y ámbito geográfico de la medida de que se trate, el procedimiento debería tener en cuenta lo más posible los mecanismos internos de toma de decisiones característicos de los pueblos indígenas, que podría incluir la celebración de consultas y diálogos directos con las asambleas comunitarias o consejos de ancianos, entre otros, que deberían ser debidamente

documentadas. Este tipo de procedimiento podría resultar impracticable en relación con medidas que tengan un impacto geográfico considerable, en cuyo caso un procedimiento indirecto a través de la Comisión de Consulta podría resultar más viable. Sin embargo, este tipo de consultas indirectas deberían ser la excepción, y no la regla. En este sentido, el Relator Especial considera que el procedimiento de consulta debería ser más flexible, de forma que permita, como norma general, consultas directas con las comunidades directamente afectadas por las medidas propuestas, y excepcionalmente las consultas indirectas en el seno de la Comisión de Consulta (A/HRC/16/XX, 2011, § 28).

De esta manera, la imposición de los mecanismos de consulta que han realizado los tres reglamentos analizados aquí, vulnera gravemente los estándares internacionales sobre el derecho a la consulta, a la vez que desnaturaliza su sentido, impidiendo el establecimiento de una relación entre el Estado y los pueblos que pueda ser considerada como legítima.

Objetos de la consulta

Las consultas con los pueblos indígenas y tribales, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169, deben tener lugar concretamente en relación con las siguientes cuestiones: Cuestiones legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente (art. 6.1, letra a)); la autorización o ejecución de todos los programas de exploración o explotación de recursos minerales o del subsuelo existentes en sus tierras (art. 15.2); siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre ellas fuera de su comunidad (art. 17.2); y cuestiones específicas relacionadas con la educación (arts. 27.3 y 28.1).

En particular, se debe contar con el consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, de los pueblos indígenas y tribales, cuando, excepcionalmente, se considere necesario el traslado de esos pueblos de las tierras que ocupan y su reubicación (art. 16.2).

Se exige la participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con lo siguiente: el desarrollo de una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de sus pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (art. 2.1); la adopción de medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (art. 5, letra c)); la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernen (art. 6.1, letra b)); la formulación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7.1); el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación (art. 7.2); la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15.1), y el fortalecimiento y la promoción de las actividades tradicionales (art. 23.1).

El primer Reglamento de Consulta aprobado en Chile, D.S. 124 de 2009, se dirige básicamente a reglamentar la obligación de escuchar a los pueblos indígenas, regulando la Ley 19.253, y no a reglamentar la consulta indígena del Convenio 169.

El considerando quinto del D.S. 124 interpreta el art. 34 del Convenio 169 en el sentido que éste establece que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, asumiendo que esa flexibilidad permitiría un importante margen de apreciación para determinar los contenidos normativos del derecho a la consulta indígena. Este argumento ha sido usado por el gobierno chileno para justificar una serie de limitaciones a los estándares internacionales sobre la consulta indígena que ha establecido en el mismo D.S. 124 como en los reglamentos posteriores del D.S. 66 y el D.S. 40.

El art. 5° del D.S. 124 indica que los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la Ley 19.253 serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contempla en las normativas sectoriales, aunque los órganos competentes pueden aplicar el procedimiento de consulta indígena. En este último caso, se limita la consulta a un

plazo de 90 días desde la primera presentación relativa al proyecto que se realice ante la autoridad administrativa.

De esa manera, la consulta indígena en principio no alcanza a los proyectos de inversión. Esto implica que todos aquellos proyectos que sean evaluados por una Declaración de Impacto Ambiental no quedan sometidos a ninguna forma de participación, la cual en principio, de acuerdo a la Ley Ambiental, solo es aplicable a los estudios de impacto ambiental.

El D.S. 124 definió las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas: Medidas legislativas y administrativas, planes de desarrollo nacional y regional en dos hipótesis: 1. Digan relación exclusiva con las tierras indígenas o las áreas de desarrollo indígena, o bien, 2. Se refieren a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables.

Estos dos elementos no se encuentran en el Convenio 169 y tampoco en la práctica de los estándares internacionales de la consulta indígena.

Una segunda limitación relevante consiste en los órganos del Estado que deben someterse a la consulta, puesto que el D.S. 124 no se aplica a la Contraloría General de la República, el Banco Central, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley, aunque dichos organismos pueden decidir someterse a las reglas del decreto, si lo estiman pertinente. Esta restricción ha sido mirada con mucha preocupación por los pueblos indígenas, los que consideran que esto los deja en grave indefensión, pues varios de estos órganos tienen particular incidencia en decisiones que los pueden afectar directamente (CONAPACH, 2011: 51).

Una tercera limitación se refiere a las medidas legislativas, cuya consulta se limita por el D.S. 124, art. 14, a las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley.

Una cuarta limitación consiste en la definición de medidas administrativas a consultar. El art. 14 inciso 3 establece que se debe entender por medidas administrativas “las nuevas políticas, planes y programas”, exceptuando los actos administrativos. Además resta a dichas políticas, planes y programas aquellos de desarrollo nacional

o regional susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, si la autoridad u organismos competentes en coordinación con MIDEPLAN y el MINSEGEJOB así lo establecen. El Relator Especial, en su informe de 2009 ha indicado que:

El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales (A/HRC/12/34, 2009, § 44).

Una de las carencias prácticas más importantes del D.S. 124, fue la falta de implementación de la consulta de las medidas legislativas. La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado convocó el año 2011 a un Encuentro Nacional Parlamentario entre Pueblos Indígenas y el Congreso Nacional, instancia que durante los años 2011 y 2012 dedicó una serie de sesiones a estudiar el mecanismo para absolver la consulta y participación de los pueblos indígenas, establecida en los arts. 6° y 7° del Convenio 169, escuchando a organizaciones indígenas, a representantes del Ejecutivo, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil. Ello derivó en la constitución, en enero de 2013, de una Comisión Bicameral encargada de dar cumplimiento al art. 6° del Convenio 169 de la OIT, la que no produjo resultados.

Paralelamente, se han discutido en el Parlamento una serie de medidas legislativas que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin contar con ningún procedimiento de consulta previa.

- La Ley de Televisión Digital.
- La Ley Antidiscriminación.
- La Ley de Concesiones Eléctricas.
- Ley de Carretera Eléctrica.
- Ley de Concesiones de Geotermia.
- Reformas al Código Civil.
- Ley de Pesca.
- Proyecto de ley, que modifica la Ley 19.253, sobre normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

Tratándose de la Ley de Pesca, Ley 18.892, ésta fue cuestionada por vicios de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por un requerimiento de parlamentarios. Uno de los defectos que se cuestionaba era la ausencia de consulta indígena, viciando de nulidad el *iter legis* de la tramitación de la citada ley. La respuesta del gobierno, además de sostener que el Convenio 169 no tenía rango constitucional, fue que no existía una afectación directa de los pueblos indígenas, los cuales tenían su propio marco normativo para acceder a los recursos pesqueros –Ley Lafkenche–, Ley 20.249.

El Tribunal Constitucional falló el 23 de enero de 2013, Rol 2387-88/2013, desestimando la inconstitucionalidad, además de considerar el Convenio 169 como de mero rango legal (Galdámez, 2013). Dicha sentencia del Tribunal Constitucional, estableció en su considerando vigésimo tercero lo siguiente:

La auto-ejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele. Es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta;

la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento. Solo en esas condiciones este Tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitarias para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial, de manera que ningún sector del pueblo se atribuya el ejercicio de la soberanía, excluyendo a otro.

El diputado Gonzalo Arenas ha considerado al respecto, que las comisiones legislativas que funcionan normalmente en el Congreso Nacional, no cumplen con los estándares internacionales para la consulta de medidas legislativas del Convenio 169:

Tengo la firme convicción de que las actuales comisiones legislativas del Congreso Nacional NO cumplen con los requisitos propios del deber de consulta establecido en el Convenio 169, toda vez que la interpretación de las normas referentes a esta materia han detallado con bastante precisión las características de dichas consultas para cumplir con los estándares requeridos por el Convenio 169, esto es, a) que tengan carácter previo; b) que no se agoten en la mera información; c) que sean de buena fe; d) que sea adecuada y a través de instituciones representativas indígenas; e) que sean sistemáticas y transparentes, y f) que tengan un alcance no vinculante, pero destinado a generar acuerdos.

Muchos de estos requisitos no se cumplen con las actuales características de las audiencias de las comisiones parlamen-

tarias, toda vez que éstas son meramente informativas y no buscan llegar a acuerdos con los asistentes, además de no permitir una participación sistemática, pues generalmente se traducen en opiniones sobre propuestas iniciales sin continuidad que acompañe la discusión parlamentaria. Por lo demás, así lo ha señalado la propia OIT a propósito del reconocimiento constitucional mexicano de 2001.¹⁴

En el caso de la Ley de Fomento Forestal, D.L. 701, CONAF afirma haber realizado una consulta a los pueblos indígenas en términos del Convenio 169 (CONAF, 2012). Llama la atención que para tales efectos se usó el D.S. 124, en ejecución de la Ley 19.253.

La reacción de las organizaciones indígenas fueron muy críticas ante la realización de la Consulta del D.L. 701, en circunstancias que el gobierno de Piñera había prometido la suspensión de todas las consultas mientras no se finalizara una consulta de la consulta que produjera un texto normativo que reemplace al D.S. 124.¹⁵ La Unión de Comunidades de Lumako, por ejemplo, indicó que no debía aplicarse el D.S. 124, sino derogarse.¹⁶ Muchas organizaciones indígenas declararon lo siguiente:

Para validar dicha "Consulta", SEGPRES y CONADI, hizo selección de un número de dirigentes, incluidos algunos consejeros de CONADI. Sin embargo, hay que precisar que la razón por la cual muchas comunidades se restaron de participar de los talleres informativos de CONAF, fue por la falta grave de legitimidad del proceso (donde los ma-

14 Arenas, Gonzalo (2011). La Consulta Indígena y el Convenio 169 OIT, <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/01/21/la-consulta-indigena-y-el-convenio-169-oit/> Consultado 10.12.2013.

15 Ver *Mapuexpress*: Continúan serias críticas a irregular proceso de consulta por Decreto Ley 701 y Fomento Forestal, 1.03.2012. <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=8296> Consultado 10.12.2013.

16 Surgen Primeras Críticas a Consulta Indígena de CONAF para modificar Decreto 701, *La opinión*, 26.07.2012: <http://www.laopinon.cl/noticia/mapuche/surgen-primeras-criticas-consulta-indigena-de-conaf-para-modificar-decreto-701> Consultado 10.12.2013.

vores porcentajes de marginación, se dieron en las regiones de Tarapacá, del Biobío, La Araucanía, Los Ríos e Isla de Pascua) (VV.AA., 2013: punto 4).

Las organizaciones además sostienen que la consulta fue un mero proceso informativo, mostrando una información insuficiente a las comunidades a través de talleres de medio día, y que no tuvo el carácter de previo, puesto que el D.L. 701 se negoció en primer lugar con los empresarios del sector forestal (Ibídem) y nunca se ha evaluado el funcionamiento histórico que hasta ahora ha tenido el D.L. 701.¹⁷

En cuanto al D.S. 66, éste viene a sustituir el D.S. 124. Sin embargo, persevera y profundiza una serie de defectos normativos que ya estaban presentes en dicho decreto. Este decreto determina en su art. 7° el concepto de susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, indicando que en el caso de medidas legislativas y administrativas, existe susceptibilidad de afectación directa cuando sea causa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales y espirituales, o en relación a las tierras indígenas:

- Medidas legislativas: anteproyectos de ley, reforma constitucional.
- Medidas administrativas: decisiones de la administración del Estado, para las cuales hay un margen de discreción que permita llegar a acuerdo u obtener el consentimiento.
- -Se excluyen las medidas tomadas en situaciones de excepción o emergencia.
- Se excluyen actos con efecto material en terceros como dicámenes.
- Se excluyen los actos internos de la administración estatal.

17 Chile: Comunidades Mapuche alertan a senadores sobre efectos históricos del Decreto Ley 701, 16.07.2013, en: <http://www.infoandina.org/es/content/chile-comunidades-mapuche-alertan-senadores-sobre-efectos-historicos-del-decreto-ley-701> Consultado 10.12.2013.

El concepto de afectación directa fue muy discutido en el proceso de consulta de la consulta, de la Mesa de Diálogo, no llegándose a un consenso entre el gobierno y los dirigentes indígenas que permanecieron en la instancia, precisamente una de las principales razones por las cuales otras organizaciones se restaron desde el principio a la consulta (INDH, 2013).

La versión final del gobierno insiste en la determinación de las medidas a consultar sobre la base de su impacto significativo y a que este impacto sea específico para los pueblos indígenas en su calidad de tales.

En cuanto al impacto significativo, este requisito busca diferenciar medidas de impacto menor de aquellas de impacto significativo, sin aportar ninguna claridad respecto a qué determina la significatividad del impacto. Esa distinción no está respaldada en los estándares internacionales sobre la consulta, ni siquiera en la práctica de aplicación de los países y deja de facto la determinación unilateral de la consulta en manos del Estado de Chile, el cual decide sobre su procedencia a través de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social (art. 13).

La norma solo acota el impacto que autoriza la consulta al ámbito cultural y al de las tierras indígenas, quedando fuera una serie de temas que van más allá de esos elementos y que pueden ser muy relevantes para el futuro de estos pueblos, como su soberanía, alimentaria, su acceso a las telecomunicaciones o su patrimonio fitogenético, entre otros.

En las observaciones realizadas por el relator Anaya a una versión previa del reglamento, éste ha indicado 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” (Relator Especial, 2012, § 40). Agrega el Relator, que merecen especial atención las medidas de efectos particulares referidas a recursos naturales, conocimientos tradicionales, comunicaciones y energía que pueden tener efectos sobre derechos o intereses de los pueblos indígenas.

El Relator Especial ha rechazado la delimitación de los objetos de la consulta mediante un criterio de significatividad:

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 (Ibídem, § 46).

En definitiva, el criterio de los estándares internacionales no solo no contiene las distinciones introducidas en la regla del art. 7º, sino que rechaza cualquier delimitación o restricción de la consulta:

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 (Ibídem, § 42).

En cuanto a los impactos específicos de las medidas a consultar, el mismo Relator había explicitado que las medidas deben ser consultadas cuando tienen consecuencias específicas sobre los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Sin embargo, esto no implica que deban consultarse solo aquellas medidas cuyos destinatarios sean exclusiva o principalmente los pueblos indígenas, sino que también deben consultarse medidas de alcance más amplio cuando se relacionan con las condiciones o los intereses específicos de determinados pueblos indígenas (A/HRC/12/34, § 43). El Relator recomienda que para determinar la posible afectación de intereses indígenas por una medida de alcance

general, es conveniente realizar una pre-consulta con los indígenas (Relator Especial, 2012, § 43). El mismo Relator ejemplifica en una nueva ley de pesca o de fomento forestal las medidas que deberían en cualquier caso consultarse por su impacto específico sobre los intereses indígenas, aunque su alcance sea general (Ibídem).

En definitiva, ni la significatividad ni la exclusividad son criterios justificados de determinación de la consulta indígena (INDH, 2013: 23-24).

En relación a la consulta en el reglamento ambiental, el art. 8º del D.S. 66 indica que los proyectos de inversión que ingresen al sistema SEIA, realizarán la consulta indígena en conformidad al Reglamento SEIA, D.S. 40, y dentro de sus plazos. Solo se respetarán las etapas de la consulta que regula el D.S. 66.

Cuando se discutió esta regla dentro de la Mesa de Consenso, apareció un grave desacuerdo entre los dirigentes indígenas de la mesa y el gobierno. Los dirigentes indígenas plantearon que la consulta al interior del Sistema de Impacto Ambiental no alcanza el estándar del Convenio 169 (Gobierno de Chile, 2013: 35).

El Comité de Supervisión de la aplicación de los convenios, CEACR, de la OIT, en sus observaciones de 2013, reitera su pedido al Gobierno de Chile para que modifique la legislación nacional a fin de que los pueblos indígenas sean consultados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras y que puedan participar de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales (OIT-CEACR, 2013).

El art. 85 del D.S. 40, indica que en el caso en que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los arts. 7º, 8º y 10 del Reglamento SEIA, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el SEA deberá diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental.

De acuerdo a los arts. 7°, 8°, 9° y 10 del D.S. 40, se exige un estudio de impacto ambiental en las siguientes circunstancias que atingen a los pueblos indígenas:

Reasentamiento: Cuando el proyecto o actividad genera reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos. El art. 7°, inciso 4, indica que cuando el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Si no puede obtenerse y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

Localización: Siempre que el proyecto o actividad se localiza en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar. En el inciso 3 del art. 8° se indica que se entenderá por poblaciones protegidas los pueblos indígenas, independiente de su forma de organización.

Riesgo de salud: Según el art. 5°, inciso final, en caso de que el proyecto o actividad genere o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos, en los términos del art. 8°, de manera que se exigirá un estudio de impacto ambiental.

Alteración del paisaje: Según el inciso final del art. 9°, cuando el proyecto o actividad genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas, se entenderá que el proyecto o actividad es susceptible de afectarlos. En esta situación también se requiere un estudio de impacto ambiental.

Alteración al patrimonio cultural: El art. 10 exige un estudio de impacto ambiental cuando un proyecto o actividad genere o presente alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para evaluar dichas alteraciones se establece que se considerarán:

- b) Si las construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena.
- c) La afectación a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura o folclore de alguna comunidad o grupo humano, derivada de la proximidad y naturaleza de las partes, obras y/o acciones del proyecto o actividad, considerando especialmente las referidas a los pueblos indígenas.

En el inciso 2 del art. 85 del D.S. 40, se restringe el proceso de consulta a los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y se indica que deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

El art. 27 del D.S. 40 incorpora un procedimiento de preconsulta en cuanto, frente a dudas manifestadas por un particular, respecto de la posible afectación directa de los pueblos indígenas, el director regional debe realizar reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, con el objeto de recoger sus opiniones y considerarlas en su pronunciamiento.

Cuando hay una mera declaración de impacto ambiental o el estudio de impacto señala la ausencia de afectación a los pueblos indígenas, el Reglamento SEIA prevé la reunión con pueblos indígenas.

En los casos en que el estudio de impacto ambiental indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias por las que haya que consultar a los pueblos indígenas en términos del art. 85; o bien cuando el proyecto se sometió a una declaración de impacto ambiental, en proyectos que se emplacen

en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el art. 86 del D.S. 40 establece las reuniones con grupos indígenas.

En esos casos, el director regional o el director ejecutivo del SEA realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a 30 o 20 días respectivamente, contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y ver si procede la suspensión del procedimiento (art. 36), su término o la exigencia de un estudio de impacto ambiental (art. 48).

Este art. 86 del D.S. 40 no cumple con los estándares de consulta: el sujeto colectivo es difuso, los factores que lo hacen procedente son pocos, es facultativo para la autoridad, el término es exiguo y solo se regula su máximo; más que un diálogo se busca recabar la opinión (Carmona, 2013: 64).

El INDH ha cuestionado la limitación de la consulta indígena según el art. 85 a los proyectos que requieran estudio de impacto ambiental, por cuanto ésta es una limitación que no es consistente con los estándares internacionales del derecho de la consulta indígena (INDH, 2013b).

Dirigentes del pueblo kawésqar¹⁸ han rechazado el Reglamento SEIA porque coloca a las comunidades originarias de la región de Magallanes y la Antártica a merced de los intereses de las transnacionales de la acuicultura y el turismo, al excluir los proyectos de inversión del proceso de consulta, sometiéndolos solo al régimen de participación ciudadana contemplada en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sin que existan reglas de un procedimiento especial de consulta indígena que sea conforme con los estándares internacionales.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podría asimilarse el procedimiento de

¹⁸ *Mapuexpress: Kawésqar Califican de Inconstitucional el Reglamento de Consulta Indígena* firmado por Piñera, 28-12-2013: <http://mapuexpress.org/kawesqar-califican-de-inconstitucional-el-reglamento-de-consulta-indigena-firmado-por-pinera/> Consultado 10.12.2013.

consulta indígena a la participación ciudadana dentro de un estudio de evaluación de impacto ambiental, debido a que se requieren consideraciones especiales procedimentales –procedimiento apropiado, a través de sus autoridades representativas– que diferencian los objetivos de estos dos procedimientos. En particular, según la decisión del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la consulta previa debe llevarse a cabo “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse de que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto” (§ 172). El relator Anaya se había expresado sobre el punto, indicando:

Es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto, sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración (A/HRC/12/34, 2009, § 52).

De acuerdo a lo resuelto por la Corte en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, el consentimiento adquiere un carácter obligatorio, si se trata de un proyecto de inversión o desarrollo o de concesión de explotación, cuya ejecución privaría a los pueblos indígenas de la “capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia” (§ 334) o que tengan un impacto profundo en el territorio indígena (§ 134).

El sistema de evaluación de impacto ambiental no permite la participación de los indígenas desde las primeras etapas de la formulación de un proyecto, sino solo en la fase de aprobación.

La consistencia del sistema SEIA con los estándares internacionales de la consulta indígena ha sido testeada en una gran cantidad de casos judiciales. Aunque ha habido una oscilación en la jurisprudencia, en muchos casos judiciales se ha resuelto la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental que autorizó un determinado proyecto o actividad, por haber carecido de procesos de consulta indígena, estimándose que la participación ciudadana en el SEIA no cumple con dichos estándares. En la mayoría de los casos, las cortes han fallado que, en las declaraciones de impacto ambiental, los proyectos deben tramitarse como un estudio de impacto ambiental y cumpliendo con los estándares del Convenio 169 (INDH, 2013b: 28).

Posibles soluciones: Ley o consagración constitucional de la consulta indígena

El INDH ha planteado que la fuente idónea para la regulación de la consulta indígena en Chile sería la ley (INDH, 2013 y 2013b). Los dos argumentos fundamentales para dicha posición son los siguientes:

- El art. 19 núm. 26 de la Constitución señala que los preceptos legales que regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten, no podrán afectar los derechos en su esencia. De allí, se colige que solo una norma de rango legal puede regular derechos fundamentales, como viene a ser el derecho a la consulta que establece el Convenio 169. El INDH ha sostenido que toda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento (INDH, 2013b: 21).
- El art. 63 núm. 18 de la Constitución, que señala que solo pueden ser materia de ley aquellas reglas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, en cuanto la consulta indígena constituiría un procedimiento que

regula las bases de validez de los procedimientos de dictación de diversas decisiones de la administración.

En cuanto al primer argumento, hay que recordar la autoejecutividad de la consulta indígena del Convenio 169 de la OIT declarada por el Tribunal Constitucional, lo que convierte al convenio en una fuente formal idónea por sí misma y hace que sus contenidos normativos constituyan la consulta indígena en deber para el Estado, sin necesidad de una ley interna que desarrolle el derecho. La institucionalización del derecho de consulta puede realizarse por una fuente formal del derecho que sea idónea en términos del ordenamiento jurídico interno, sea ésta ley o reglamento. Cualquiera de estas fuentes formales debe respetar los estándares internacionales, pues los órganos del Estado quedan sujetos a los derechos humanos que reconocen los tratados firmados y ratificados por el país y que se encuentren vigentes. (art. 5° inciso 2 de la Constitución). En Chile, existen derechos fundamentales que son regulados por la vía reglamentaria, como en el caso de la regulación del uso de la fuerza por parte de las policías.

En segundo lugar, la consulta indígena no es un procedimiento propiamente tal, sino un derecho de los pueblos indígenas que se realiza a través de diferentes procedimientos, algunos de ellos que se aplican a la administración pública y otros que se deben llevar a cabo en otros órganos del Estado —como en el procedimiento legislativo de formación de la ley.

En la región de América Latina hemos sintetizado en la siguiente tabla el panorama regulatorio respecto a la consulta indígena:

Panorama regulatorio de la consulta indígena en América Latina

| País | Regulación | Anclaje constitucional de la consulta |
|-----------|---|--|
| Argentina | Ley 23.302, Sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes: Consejo de coordinación Resolución 152/04: Consejo de Participación Indígena desde 2004 | Se asegura a los pueblos indígenas "su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten" (art. 75 inciso 17 de la Constitución) |
| Brasil | Decreto de 22.03.2006. Comissão Nacional de Política Indigenista En proceso de Consulta para una reglamentación administrativa de la consulta | Artigo 231 da Constituição Federal: "Artigo 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...) § 3o - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei" |
| Bolivia | Ley de Hidrocarburos D.S. 29.033/2007 Propuesta de anteproyecto Ley Marco de Consulta | Art. 30.II.15. de la Constitución reconoce el derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan |
| Chile | D.S. 124 (a reemplazar por D.S. 66) D.S. 40 Reglamento SEIA | No hay |
| Colombia | Decreto 1320/1998 Reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio Artículo 44 de la Ley 70/1993. | Artículo 330 de la Constitución Política establece: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades" |

| | | |
|-----------|--|--|
| Ecuador | Arts. 28 y 29 de Ley de Gestión Ambiental Proyectos de Ley de asambleístas Murillo y Yantalema | Artículo 57 de la Constitución asegura a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley |
| Guatemala | Artículo 63 del Código Municipal Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural | No hay |
| México | Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2003), fracciones I, IX, XVI y XVII Ley de Planeación, art. 20 Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable | Artículo 2, apartado B, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el gobierno debe "consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen" |
| Perú | Ley 29.785/2011 | No hay |
| Venezuela | Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005, arts. 11 a 19. | Art. 120 de la Constitución asegura que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley. |

Fuente: Elaboración propia

El panorama regional, como se puede apreciar, es variado y heterogéneo. En estos países, donde el Convenio 169 es parte del derecho interno, se presentan falencias en la regulación y protección del derecho de consulta. Sin embargo podemos identificar países donde hay una regulación reforzada a través de una garantía constitucional y una fuente formal de inferior jerarquía —como Venezuela (Constitución y Ley Orgánica de Comunidades Indígenas)— o países donde no hay instrumentos específicos, ni siquiera a nivel reglamentario, sino que se usan otros cuerpos jurídicos, sin que haya tampoco una garantía constitucional al respecto, como el caso de Guatemala.

Niveles de protección formal del derecho a la consulta

| Nivel de protección | Países |
|--|----------------------------------|
| Fuerte: Garantía Constitucional + fuente formal inferior (Ley o Reglamento) | Venezuela Colombia Bolivia |
| Pendientes: Garantía Constitucional + Procesos pendientes de regulación con fuente formal inferior | Ecuador Brasil Argentina |
| Media: Solo Fuente formal legal | Perú |
| Baja: Solo Fuente formal reglamentaria | Chile |
| Bajísima: Sin fuente formal específica | México Guatemala |

Fuente: Elaboración propia.

En la actualidad, existen muchos países de la región que están modificando sus ordenamientos jurídicos para institucionalizar el derecho a la consulta indígena que establece el Convenio 169 de la OIT. En cualquier caso, se observa en la región que hay una tendencia a la inclusión del derecho a la consulta dentro de los derechos constitucionales que se reconocen a los pueblos indígenas, lo cual se ve acompañado de una regulación interna que institucionaliza y desarrolla los detalles de ese derecho.

En los casos donde solo existe una fuente formal de rango inferior a la Constitución, sea de índole legal o reglamentaria, pese a la institucionalización de la consulta indígena, ésta no está inmunizada por el sistema de derechos fundamentales y control de constitu-

cionalidad frente a los intereses de mayorías circunstanciales en el congreso o de orientaciones divergentes de políticas públicas en el ejecutivo (Salmón, 2013).

Las lecciones que proporciona la experiencia de la región, nos indican que el camino más apropiado para la institucionalización de la consulta consiste en su consagración como un derecho fundamental de los pueblos indígenas en la Constitución Política, en términos que sean consistentes con los estándares internacionales del Convenio 169 de la OIT, siendo posteriormente desarrollado este derecho por una fuente de inferior jerarquía, sea a nivel legal o reglamentario. El control de constitucionalidad puede corregir efectivamente las desviaciones en la reglamentación administrativa y legislativa respecto a los estándares internacionales de la consulta solamente si el derecho a ella está consagrado clara y específicamente en la constitución del país respectivo.

El nivel de protección al derecho a la consulta es formalmente bajo, a lo cual hay que agregar, como ya lo revisamos, que los contenidos de la regulación infringen en general los estándares internacionales de la consulta indígena. En este sentido, tanto formal como substantivamente, la mejor forma de resolver los problemas de institucionalización de la consulta en Chile es reconocer el derecho a la consulta en el marco constitucional del país y luego regular sus contenidos específicos por una fuente formal idónea —ya sea legal o reglamentaria— de una manera que realice los principios de la consulta que fluyen del derecho internacional de los derechos humanos.

Conclusiones

Las principales conclusiones a las cuales podemos arribar después de este estudio son las siguientes:

1. El fundamento moral y político de la consulta indígena es la justicia puramente procedimental, mediante el cual se pueden legitimar decisiones públicas cuando hay una intervención previa y satisfactoria de los sujetos que pueden ser afectados por ellas en los procedimientos donde se forman estas decisiones.
2. Una profunda resistencia a la globalización jurídica ha bloqueado

- en Chile el reconocimiento e institucionalización del derecho a la consulta. Esta oposición se ve también reflejada en las graves deficiencias que reflejan los reglamentos aprobados en Chile –D.S. 124/2009, D.S. 40 y D.S. 66 (2013)– para regular la consulta en los últimos 4 años.
3. Todos esos reglamentos fueron formados en procesos inexistentes o profundamente defectuosos de consulta a los pueblos indígenas. La ausencia o desviación sobre tales mecanismos de consulta, ha convertido todo el proceso posterior ilegítimo para los actores indígenas, toda vez que no se cumplieron los presupuestos de justicia puramente procedimental que quiere inducir el Convenio 169 respecto a las decisiones que afectan a los pueblos indígenas, sino que se impusieron formas de consulta que no son adecuadas culturalmente y que no se han verificado a través de las autoridades representativas de los pueblos indígenas del país.
 4. Los tres reglamentos comparten una limitación unilateral, por parte del Estado chileno, de los contenidos del derecho a la consulta, toda vez que se restringen de diversas maneras los objetos de consulta indígena, así como se desfigura el procedimiento.
 5. Tanto en cuanto a la consulta de la consulta como a los objetos de la misma, los reglamentos violan el derecho internacional de derechos humanos y requieren que la regulación interna del derecho a la consulta en Chile sea reformulada.
 6. Dicha reformulación debe realizarse desde el principio, esto es, implicando una nueva consulta de la consulta que refleje las formas en que debe efectuarse la consulta que han sido establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos. e indicadas por el relator Anaya para el caso específico de Chile.
 7. La mejor manera de proteger al derecho a la consulta de los pueblos indígenas consiste en consagrar dicho derecho, junto a otros, dentro del marco constitucional de los derechos fundamentales. A partir de ello puede regularse los detalles de aplicación de la consulta por una vía infraconstitucional, ya sea mediante una fuente formal legal o por una fuente reglamentaria.

Referencias bibliográficas

- Allen, Stephen (2011). The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context, en: Stephen Allen, Alexandra Xanthaki (eds.), *Reflections On The United Nations Declaration On The Rights Of Indigenous Peoples And International Law*. London: Hart Publishing.
- Alto Comisionado para los DD.HH. (1994), General Comment num. 23: The rights of Minorities (art. 27), UN Doc, CCPR/C/21/Re.a/Add.5.
- Anaya, James (2005). Indigenous Peoples' Participatory Rights in relation to Decisions about natural resource extraction: The more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 22(1), 7-17. USA.
- _____. (2009). The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era, in: Claire Chartres and Rodolfo Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. IWGIA.
- Barelli, Mauro (2009). The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International and Comparative Law Quarterly*, 58(4): 957-983.
- Carmona, Cristóbal (2013). La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile. Hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas. Tesis de Maestría en DD.HH. y Democratización. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín.
- OIT- CEACR (2011). Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio 169 Pueblos Indígenas. ILC.100/III/1A.
- _____. (2013), Observation (CEACR) - adopted 2012, published 102nd ILC session.
- Clavero, Bartolomé (2005). The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 22(1): 41-51.
- Comité de DD.HH. (2007). Concluding observation of the Human Rights Committee: Chile. UN Doc, CCPR/C/CHL/CO/5.
- _____. (2008). Concluding observation of the Human Rights Committee: Panamá. UN Doc, CCPR/C/PAN/CO/3.
- _____. (2008), Concluding observation of the Human Rights Committee: Colombia. UN Doc, CCPR/C/NIC/CO/3.
- Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). General Comment num. 21: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15.1 (a) of the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights). UN Doc. E/C.12/GC/21.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (1995). Informe del Comité, UN GAOR, 50th sesión, agenda ITem 103, UN Doc A/50/18.
- _____. (1997), Informe del Comité: Anexo V, General Recommendation XXIII. UN Doc. Supp. N° 18 (A/52/18).
- CONAF (2012). Informe Nacional de Consulta Indígena sobre la Modificación a la Ley de Fomento Forestal. Santiago: CONAF
- CONAPACH (2010). Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile. Santiago.
- Conferencia Internacional del Trabajo, 75ª reunión, 1988, Informe VI (1).
- Contesse, Jorge (2012). El Derecho de Consulta Previa en el Convenio 169 de la OIT: Notas para su implementación en Chile, in: Jorge Contesse (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno*. Santiago: Universidad Diego Portales.

- Davis, Megan (2008). *Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9: 1-33.
- Donoso, Sebastián (2008). Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un Desencuentro. *Temas de la Agenda Pública*, año 3, núm. 16. Santiago: P. Universidad Católica.
- _____. (2009). Convenio 169 de la OIT, Implicancias de una Ratificación. Documento de Trabajo núm. 8. Santiago: Universidad del Desarrollo.
- Fernández, Andrés, Christian De La Piedra (2011). Implementación y Evolución de los Derechos Contenidos en el Convenio OIT 169, Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorios. *Estudios Públicos*, 121: 71-132.
- Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas (2005). Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas. E/C.19/2005/3.
- _____. (2013). Review of World Bank operational policies. Twelfth sesión, New York, 20-31 May 2013, Item 5 of the provisional agenda. E/C.19/2013/15.
- Fulmer, Amanda (2011). The Politics of a Strange Right: Consultation, mining and indigenous mobilization in Latin America. APSA 2011. Annual Meeting Paper.
- Gaete, Lucía (2012). El Convenio 169, Un Análisis de sus Categorías Problemáticas a la Luz de su Historia Normativa. *Ius et Praxis*, 18(2): 77-124.
- Galdámez, Liliána (2013). Comentario Jurisprudencial: La Consulta a los Pueblos Indígenas en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca Roles núms. 2387-12-Cpt Y 2388-12-Cpt, Acumulados. *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 1, 621-632.
- Galvis, María, Ángela Ramírez (2013). *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Washington DC: Due Process of Law Foundation.
- Gobierno de Chile (2010). Memoria Oficial presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del art. 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008.
- _____. (2012). Proceso de Consulta Indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimientos de Participación Ciudadana y de Apoyo para la Evaluación de Alteraciones Significativas sobre Pueblos Originarios. Santiago: Ministerio del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental.
- _____. (2013). Consulta Indígena Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, Informe Trabajo Mesa de Consenso. Santiago, 6 de Agosto de 2013.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Santiago: INDH.
- _____. (2013b). El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental. Santiago: INDH.
- Mascareño, Aldo (2007). Sociología de la Cultura, La Deconstrucción de lo Mapuche. *Estudios Públicos* 105: 61-112.
- Meza-Lopehandía, Matías (2009). *El reglamento sobre consulta a pueblos indígenas propuesto por el Gobierno de Chile, la buena fe y el derecho internacional de los Derechos Humanos*. Santiago: Observatorio Ciudadano.
- Mohr, Tania (2012). Interpretación y Aplicación del Convenio 169 de La OIT en Chile, en Especial sobre el Derecho de Consulta. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile.
- Organización Internacional del Trabajo (2000). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en que se alega el incumplimiento por Dinamarca del convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169), presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuusutissarsiatteqartut Katuffiar SIK), ILO Doc GB.280/18/5.
- _____. (2001). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en que se alega el incumplimiento por Colombia del convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169), presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), ILO Doc GB.282/14/2.
- _____. (2001). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en que se alega el incumplimiento por México del convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169), presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), ILO Doc GB.283/17/1.
- _____. (2004). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en que se alega el incumplimiento por México del convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169) presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional Autónoma de México (STUNAM), ILO Doc GB.289/17/3.
- _____. (2009). Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79ª sesión, 2008.
- Política Indígena (2012). Análisis del D.S. 124 de 2009 del Ministerio de Planificación que Regula la Consulta Indígena. Santiago: Política Indígena.
- Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*. Harvard: Harvard University Press.
- Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. ONU, Doc A/HRC/12/34.
- _____. (2009b). La situación de los Pueblos Indígenas en Chile: seguimiento de las recomendaciones hechas por el Relator anterior. ONU, Doc A/HRC/12/34/Add.6.
- _____. (2009c). Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, 24 de abril de 2009.
- _____. (2011). Observaciones Sobre la Situación de los derechos de los Pueblos Indígenas de Guatemala en Relación con los Proyectos Extractivos, y otro Tipo de Proyectos, en sus Territorios Tradicionales. ONU, Doc, A/HRC/16/XX.
- _____. (2012). Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los arts. 6º y 7º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile.
- Ríos, Marcos (2011). Implementación del derecho de consulta de los pueblos indígenas y sus aspectos ambientales en Chile a la luz del Convenio 169 de la OIT, Caso del Decreto Supremo 124/2009 que crea el reglamento sobre consulta. *Revista Catalana De Dret Ambiental*, vol. II, núm. 2: 1-41.
- Sahnón, Elizabeth (2013). The Struggle for Laws for Free, Prior, and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples. *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 22, núm. 2: 353-390.

- Sanhueza, Cristián (2013). Consulta Previa en Chile: Del dicho al hecho, in: Olea, Helena (ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Schilling-Yacador, Almut, Ricarda Flemmer (2013). Why is prior consultation not yet an effective tool for conflict resolution? The case of Peru. GIGA Working Papers 220.
- Silva, Fernando (2009). El largo proceso de tramitación para el Convenio 169, en: Meza-Lopehandía (ed.), *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Santiago: Observatorio Ciudadano.
- Solum, Lawrence (2004). Procedural Justice. *Deppress Legal Series*. *Deppress Legal Series*. Working Paper 141.
- Tyler, Tom, E. Ellen Lind (1992). A relational model of authority in groups. *Advances in Experimental Social Psychology*, 25: 115-191.
- UN Development Group (2008). Guidelines on Indigenous Peoples Issues. Geneva: UNO.
- VV.AA. (2013). Declaración de Organizaciones en respuesta a afirmaciones del Director Ejecutivo de la Corporación Nacional CONAF sobre la "Consulta Indígena" de Ley de Fomento Forestal – Septiembre 2013.
- Von Baer, Eva; Olivia Igor (2008). *Análisis de la Propuesta de Política Indígena Re-Conocer*. Serie Informe Político 105. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo.
- Ward, Tara (2011). The right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law. *Northwestern Journal of International Human Rights* 10(2): 54-84.
- Whiterman, Gail, Kathy Mamen (2002). *Meaningful Consultation and Participation in the Mining Sector? A Review of the Consultation and Participation of Indigenous Peoples within the International Mining Sector*. Ottawa: The North-South Institute.
- World Bank (2003). *World Bank Extractive Industries Review: Striking a Better Balance*, vol. I.
- Xanhaki, Alexandra, Dominic O'Sullivan (2007). *Good Practices of Indigenous Political Participation: Maori Participation in New Zealand Elective Bodies: Research on Best Practices for the Implementation of the Principles of ILO Convention 169*. Programme to Promote ILO Convention 169. Geneva: ILO.
- Xanhaki, Alexandra (2007). *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ____ (2009). *Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments*. *Melbourne Journal of International Law*, vol 10: 27-38.