

Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

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

A. INTRODUCCIÓN

1. Los días 5 a 9 de abril de 2009, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, llevó a cabo una visita de trabajo a Chile, siguiendo la invitación cursada por el Gobierno y por diversas organizaciones indígenas del país. El objetivo de dicha visita fue el de establecer un diálogo constructivo con las instituciones oficiales, los pueblos indígenas y otros actores interesados, en torno al seguimiento de las recomendaciones de la visita del anterior Relator Especial, Prof. Rodolfo Stavenhagen, así como de la implementación del Convenio 169 de la OIT y avances en relación con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

2. Durante sus reuniones con la Presidenta de la República y representantes de distintos ministerios y poderes del Estado, así como durante los encuentros regionales con los representantes de los pueblos y comunidades indígenas en Temuco e Iquique, una de las cuestiones principales que fueron presentadas a la atención del Relator Especial fue la del reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas. Dicho reconocimiento ha sido una de las reivindicaciones principales de las organizaciones indígenas del país durante las últimas décadas, reivindicación que ha sido apoyada por las recomendaciones de distintas instancias internacionales y que ha sido asumido como compromiso explícito del Gobierno de Chile.

3. Precisamente en el curso de su visita, el pasado 7 de abril de 2009, el Senado de la República votó afirmativamente sobre la idea de llevar a cabo una reforma constitucional en materia indígena, sobre la base de la iniciativa legislativa promovida por el Gobierno. El Relator Especial, en un comunicado de 9 abril de 2009, hizo un llamamiento a que “se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”.

4. En este contexto, distintas instancias del Gobierno de la República solicitaron al Relator Especial que contribuya con sugerencias para llevar a cabo el proceso de consulta con los pueblos indígenas del país en relación con la reforma constitucional. Algunas organizaciones indígenas se pronunciaron en el mismo sentido. En respuesta a dichas solicitudes, este documento analiza los principios internacionales aplicables al ejercicio del deber estatal de

consultar a los pueblos indígenas en relación con la reforma constitucional. Al respecto hace referencia a los criterios relevantes elaborados por órganos internacionales interesados en la materia y a algunos precedentes de otros países. El Relator Especial ha tomado conocimiento que el Gobierno en los últimos días ha iniciado un proceso de consulta con los pueblos indígenas en relación con la iniciativa de reforma constitucional votado por el Senado el 7 de abril. Sin embargo, espera que el presente documento pueda contribuir de manera constructiva a que la consulta se ajuste a las normas internacionales.

5. El Relator Especial reitera su agradecimiento al Gobierno de Chile por su disponibilidad a continuar el diálogo constructivo en busca de las medidas que puedan contribuir a mejorar la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el país, comenzando por la reforma constitucional en materia indígena. El Relator Especial se reserva la oportunidad de transmitir al Gobierno de Chile sus observaciones en torno a los contenidos mínimos que, en su opinión, deberían plasmarse en el texto constitucional en relación con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, así como otras observaciones pertinentes en relación con su reciente visita al país.

B. LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL

6. La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados¹. Asimismo, en países como Colombia o Costa Rica, el incumplimiento de la consulta y sus requisitos esenciales implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas².

7. Una de las principales fuentes de la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas se encuentra recogida en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008. Según el artículo 6(1)(a) del Convenio, los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas susceptibles de afectarles directamente”. Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6.2).

8. Si bien el artículo 6 del Convenio 169 establece el deber genérico de los Estados en relación con las “medidas legislativas...susceptibles de afectarles directamente”, debe entenderse que dichas medidas legislativas incluyen también los procesos de elaboración o

¹ *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Sentencia de 28 noviembre 2007, Serie C. N° 172.

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia N° 13832 del 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO; Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.

reformas de normas constitucionales. En este sentido se han pronunciado los órganos de control normativo de la OIT, que han interpretado que “las reformas constitucionales...constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio”³.

9. Si bien, en el caso de Chile, el Convenio 169 entra en pleno vigor el próximo 15 de septiembre de 2009, es claro que con anterioridad, y de acuerdo con el derecho internacional, los Estados deberán abstenerse de actos en virtud de los cuales “se frustren el objeto y el fin de un tratado” una vez manifestado su consentimiento a obligarse al mismo⁴. Al respecto el Comité de Expertos de la OIT ha establecido que “las disposiciones sobre consulta, y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones”⁵, reiterando en diversos informes que la “consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”⁶. La obligación internacional ha sido plenamente asumida por el Gobierno de Chile, que ha manifestado su intención de poner en práctica las medidas necesarias para implementar el convenio desde su ratificación⁷.

10. En términos similares al Convenio 169, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que contó con el voto favorable de Chile en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, establece 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” (art. 19).

11. Asimismo, la jurisprudencia de los órganos de tratados de Naciones Unidas ha elaborado la obligación de consulta a los pueblos indígenas en su interpretación de algunos de los principales internacionales de derechos humanos sostenidos en tratados de los que Chile es parte. Otro tanto ha ocurrido en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos. Al respecto la Corte Interamericana en una interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos en su sentencia del *Caso Saramaka vs Surinam*, ha establecido que los Estados parte deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, para lo cual el Estado debe consultar con [los pueblos indígenas] de conformidad con sus propias tradiciones”⁸.

³ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001) [en adelante, “Reclamación – México”], párr. 83.

⁴ Convención de Viena de Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969 (entrado en vigor el 27 de enero de 1980), art. 18(b).

⁵ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2004/75a reunión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Ecuador, párrafo 3.

⁶ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Paraguay. Solicitud directa, párr. 8.

⁷ Presidencia de la República: “Reconocer: Pacto Social por la Multiculturalidad” (1 de abril de 2009); Instructivo Presidencial N° 5 del 25 de abril de 2008.

⁸ *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, *supra*, párr. 134.

12. En el caso específico de Chile, el deber de consultar a los pueblos indígenas fue reiterado por el Comité de Derechos Humanos⁹, por el Comité de los Derechos del Niño¹⁰, y por el anterior Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Prof. Rodolfo Stavenhagen, con ocasión de su visita oficial al país en 2003¹¹.

13. En virtud del artículo 5 de la Constitución Política, Chile se encuentra vinculado al deber de consultar a los pueblos indígenas tal y como se reconoce por los tratados internacionales ratificados por el país, a la luz de la jurisprudencia emanada por los órganos de supervisión de dichos tratados y de otros instrumentos internacionales relevantes. Dicha obligación atañe también al proceso de reforma constitucional en materia indígena actualmente en curso.

14. El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Sin embargo, los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas.

C. PRINCIPIOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

15. El Relator Especial considera importante subrayar aquí que no existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas en relación con las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a sus derechos e intereses. Así, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece que “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

16. Lo anterior no significa, sin embargo, que dicho margen de discrecionalidad sea absoluto. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia,

el instrumento [el Convenio 169 de la OIT] otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo

⁹ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5 (17 de abril 2007), párr. 19.

¹⁰ Comité de Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre Chile*, CRC/C/CHL/CO/3 (23 de abril de 2007), párr. 62.

¹¹ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición: Informe sobre la visita a Chile*, E/CN.4/2004/80/Add.3 (17 de noviembre de 2003).

contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”¹².

17. A través de los distintos mecanismos periódicos o contenciosos de supervisión de la organización, los órganos de control normativo de la OIT y otras instancias internacionales han elaborado progresivamente una jurisprudencia sobre los criterios mínimos y requisitos esenciales de una consulta válida a los pueblos indígenas en virtud del artículo 6 del Convenio 169, que se presentan a continuación.

1. La consulta debe realizarse con carácter previo

18. Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica “que las comunidades afectadas sean involucradas *lo antes posible* en el proceso”¹³.

19. En términos similares, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece la obligación de la consulta previa (art. 19). Por su parte, la Corte Interamericana, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que “se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan...y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”¹⁴.

20. En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión.

2. La consulta no se agota con la mera información

21. Una de las situaciones más comunes a las que ha tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo

¹² Sentencia de la Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-169/01 (2001), págs. 18-19 (nota al pie omitida).

¹³ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en adelante, “Reclamación – Colombia”], GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (énfasis añadido).

¹⁴ Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, *supra*, párr. 134.

dispuesto en el Convenio”, particularmente a la vista del establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”¹⁵.

22. Del mismo modo, los órganos de control de la OIT han señalado que la celebración de audiencias con representantes indígenas no se ajustan necesariamente a las consultas exigidas por el Convenio. Por ejemplo, en el caso de la reforma constitucional mexicana de 2001 en materia indígena, un Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT señaló que las “audiencias ante el Congreso”, si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas “se expresaran”, dichas audiencias no constituyeron “consultas sistemáticas con organizaciones...representativas”¹⁶. En este sentido, el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron “un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”¹⁷.

3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes

23. El cumplimiento por los Estados de la consulta “en buena fe”, como estipula el Convenio 169, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación. En esta línea de pensamiento, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”¹⁸, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En los términos de un Comité Tripartito de la OIT,

Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, [y] disminuyen las tensiones sociales, el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo. El Comité considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua¹⁹.

24. La generación de dicho clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas, “por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el]

¹⁵ Reclamación – Colombia, *supra*, párr. 90.

¹⁶ Reclamación – México, *supra*, párr. 103.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 94.

¹⁸ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)* [en adelante, “Reclamación – Brasil], GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párr. 42.

¹⁹ *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*, GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”²⁰.

25. De lo anterior se desprende que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado. Como ha apuntado la OIT, un clima de “enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca” es una barrera fundamental para llevar a cabo consultas productivas²¹.

4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas

26. El Convenio 169 enfatiza que las consultas a los pueblos indígenas deben ser “adecuadas”, y realizar en particular a través de las “instituciones representativas” de estos pueblos (art. 6.1.a). En idénticos términos, la Declaración de Naciones Unidas especifica que los Estados “celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas” (art. 19).

27. Por su parte, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Saramaka v. Surinam* afirma que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta “los métodos tradicionales del [pueblo indígena] para la toma de decisiones”²².

28. El carácter adecuado o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de la finalidad de la misma. Como señaló un Comité Tripartito de la OIT en un caso relativo a Brasil:

la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de

²⁰ Reclamación –México, *supra*, párr. 107.

²¹ Reclamación –México, *supra*, párr. 107.

²² *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, *supra*, párr. 134.

manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes²³.

29. Los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible: “[d]ada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”²⁴. Asimismo, los órganos de control de la OIT han señalado que no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más representativas” de estos pueblos²⁵.

30. La consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, en casos de medidas legislativas de la envergadura de una reforma constitucional presenta dificultades prácticas que son fácilmente identificables. La cuestión fue considerada por los órganos de control de la OIT en relación de la reforma constitucional mexicana en materia indígena de 2001. En este caso, el Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT tomó nota de “la dificultad que representa una consulta de alcance general, como es el caso de una reforma constitucional, y de aplicación nacional, que en este caso afecta, además, a aproximadamente 10 millones de indígenas”²⁶. Asimismo, el Comité Tripartito tomó nota de “la diferencia en cuanto a los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta entre los interlocutores [que] agregan complejidad a la tarea”, y que generaron “sentimientos de frustración y de exclusión de los indígenas”²⁷ en aquel caso. No obstante, el Comité señaló que la consulta podría haber sido más adecuada si se hubieran establecido previamente “criterios claros en cuanto a la forma de la consulta y la representatividad”²⁸.

31. 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.

32. Asimismo, la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas. Ello implica que, particularmente en ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas en relación con medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Por otra parte, la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. En

²³ Reclamación – Brasil, *supra*, párr. 42.

²⁴ Reclamación – México, *supra*, párr. 109.

²⁵ *Ibid.*, párr. 101.

²⁶ *Ibid.*, párr. 105.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

este sentido debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169, que establece el deber estatal de adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

33. Por último, el carácter adecuado de las consultas tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En los términos de la OIT, “se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales...si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”²⁹.

5. La consulta debe ser sistemática y transparente

34. En la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que les afecten, las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.

35. En esta dirección se han pronunciado los órganos de control normativo de la OIT, que han llamado la atención de los Estados en diversas ocasiones sobre la conveniencia de determinar “con mayor precisión los criterios utilizados para determinar la representatividad, forma de participación en las audiencias y metodología utilizada”³⁰.

36. La necesidad de regular los procedimientos de consulta responde asimismo a la obligación de los Estados de “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (Convenio 169, art. 2.1). Ello conlleva, en los casos donde no existan, el establecimiento de “instituciones y otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas”, incluyendo “la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados” (art. 33.1-2). Ello concierne también al Poder Legislativo, que como han hecho notar los mecanismos de control de la OIT, “usualmente no prevé[n] la inclusión de consultas del tipo contemplado por el artículo 6”³¹.

37. Sobre este punto específico, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que “la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de

²⁹ Reclamación – Colombia, *supra*, párr. 79.

³⁰ *Ibid.*, párr. 105.

³¹ *Ibid.*, párr. 95.

las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”³². De nuevo, las normas internacionales no imponen criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el requisito de la consulta, que deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, sí puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio 169 y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de buena fe, adecuación y representatividad discutidos anteriormente. En los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o *ad hoc* con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena.

6. El alcance de la consulta

38. Resulta evidente que la responsabilidad última de legislar en Chile, inclusive en relación con la Carta Fundamental, corresponde en última instancia al Parlamento en representación de la ciudadanía chilena. En este sentido, el contenido de las consultas a los pueblos indígenas con la reforma constitucional no es, en sentido estricto, jurídicamente vinculante, tal como señaló el Comité Tripartito de la OIT en el caso sobre la reforma constitucional en México³³. Sin embargo, como ha afirmado el Tribunal Constitucional de Chile, “Si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6° que dice: ‘Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas’”³⁴.

39. Asimismo, un proceso de consulta con miras a llegar a un consenso con los pueblos indígenas sobre un texto constitucional que se dirige a sus intereses específicamente, constituye un elemento fundamental en la formación de un marco constitucional que une a los pueblos indígenas al resto de la sociedad dentro de una democracia moderna.

40. En relación con el alcance del derecho a la consulta y de la exigencia del consentimiento previo, libre e informado recogido en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, este Relator Especial ha señalado, en el contexto de la reforma constitucional del Ecuador, que:

La elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado

³² Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A), Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, Ginebra, 2007, pág. 600.

³³ Véase Reclamación – México, *supra*, párr. 105 (“tanto el Congreso Nacional como las legislaturas de los Estados no ignoraban las opiniones de los indígenas respecto a las reformas, pero no estaban obligados a aceptarlas”).

³⁴ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 309, 4 de Agosto 2000, Considerando 7°.

profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones³⁵.

41. Estas consideraciones son especialmente relevantes en el contexto de una reforma constitucional como la actualmente en curso en Chile, que representa una oportunidad histórica para la incorporación de las normas internacionales relativas a los pueblos indígenas, así como para un marco estable para la convivencia y para el reconocimiento, la participación y el desarrollo humano de estos pueblos en el marco del Estado chileno.

D. CRITERIOS PARA OPERATIVIZAR LA CONSULTA SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN CHILE

1. Los dos niveles de la consulta

42. De acuerdo a lo que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en su considerando séptimo de su sentencia Rol 309, la norma de consulta contenida en el artículo 6º, N° 1º, letra a), del Convenio 169 de la OIT tiene carácter de autoejecutable o de aplicación directa dentro del sistema legal interno, e incorpora una norma nueva en la tramitación de la ley, determinando que tal consulta posee una diferencia esencial con otras formas de consulta existentes en el ordenamiento jurídico chileno. Como establece la sentencia Rol 309, la “diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6º, N° 1º, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo” deriva de la “connotación jurídica especial” antes señalada.³⁶

43. Tal como entiende el Relator Especial, y concordante con la práctica comparada, en Chile el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al Poder Legislativo. El Tribunal Constitucional estableció en relación a al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que “La norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que [...] está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del

³⁵ *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development: Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya Addendum: Summary of cases transmitted to Governments and replies received, A/HRC/9/9/Add.1 (15 de agosto de 2008), Annex I: “Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador (Junio de 2008), párr. 34.*

³⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 309, 4 de agosto 2000, Considerando 7º.

Congreso Nacional” e introduce “una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley”³⁷.

44. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no excluye, sin embargo, las obligaciones que correspondan también al Ejecutivo, en su papel de colegislador, de llevar a cabo las consultas necesarias con los pueblos indígenas en relación con los proyectos de ley que el Ejecutivo presente ante el Legislativo. De hecho, según entiende el Relator Especial, en el caso actual de la reforma constitucional en trámite, la idea de legislar votada por el Senado el pasado 7 de abril, responde a dos proyectos de ley, uno es un Mensaje Presidencial (Boletín 5522-07) y otro una Moción Parlamentaria (Boletín 5324-07), cuya tramitación se ha refundido en un solo proceso. Por lo tanto, la iniciativa en curso del Gobierno de consultar a los pueblos indígenas sobre el contenido de la reforma constitucional corresponde a una fase de consultas que deberá ser complementadas posteriormente por consultas realizadas por el Poder Legislativo, en sus dos cámaras, cuando estas entren a debatir el contenido de la reforma.

45. En Estados con sistemas de producción normativa similares al de Chile también se han planteado consultas en dos niveles, como en el caso de Colombia, donde las consultas llevadas a cabo en relación con proyectos legislativos introducidos por el Ejecutivo se realizan de manera previa a las audiencias celebradas por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso con miras a consultar a los pueblos indígenas.

2. La difusión de información relativa a la consulta

46. Uno de los requisitos de validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que ésta sea informada, es decir, que los pueblos indígenas, sus comunidades y al menos un número significativo de sus miembros tengan acceso oportuno a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones de la reforma constitucional, solicitar información adicional o asesoramiento técnico. Dicha información presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen, e ir acompañada de toda la documentación relevante, especialmente los instrumentos internacionales relevantes.

47. Asimismo, uno de los medios de contribuir a la toma de decisiones informada en relación con la reforma constitucional, también a los efectos de la consulta a los pueblos indígenas, podría ser útil la celebración de una Reunión Nacional de Expertos con la participación de expertos/as internacionales y nacionales en la materia, así como representantes de las autoridades competentes, de las agencias internacionales y de los propios pueblos indígenas.

48. El Relator Especial invita también a las organizaciones indígenas y a otros actores relevantes de la sociedad civil a intensificar sus esfuerzos para difundir información y el intercambio de ideas en torno a la reforma constitucional.

3. La organización de la consulta por el Gobierno

³⁷ *Ibid.*

49. Otra de las cuestiones previas que deben tratarse a la hora de organizar una consulta de amplio espectro con los pueblos indígenas del país es la necesidad de contar con un punto focal dentro de la administración del Estado responsable de planificar y llevar a cabo esa consulta, así como de compilar y sistematizar los resultados de dicha consulta. Idealmente, dicho punto focal debería ser de carácter técnico, funcionalmente independiente, y contar con la participación de expertos/as indígenas. En el contexto del proceso de reforma constitucional en curso, el punto focal actual del Gobierno podría ampliarse para consistir en una comisión *ad hoc* integrada por actores gubernamentales y representantes indígenas.

50. Una tarea inicial del punto focal del Gobierno es definir los elementos específicos de procedimiento para llevar a cabo la consulta. Este debería ser hecho de tal manera de que los mismos pueblos indígenas se muestran conformes al procedimiento, lo que implica algún tipo de consultas previas sobre la definición del procedimiento. Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad.

51. Una buena práctica en este sentido es la consulta que actualmente se está llevando a cabo en Australia en relación con la propuesta gubernamental de establecimiento de un “Órgano Nacional Representativo Indígena” en el país. Con miras a la organización de la consulta a los pueblos y comunidades indígenas de los distintos estados y territorios del país, el Gobierno australiano solicitó al comisionado de asuntos indígenas (*Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner*) de la Comisión Nacional de Derechos Humanos la organización de un comité indígena independiente responsable de la supervisión de la consulta a nivel nacional, conformado por expertos/as que sirven en su capacidad individual. Dicho comité supervisó la realización de un gran número de consultas a nivel local y regional, así como la realización de un taller nacional, donde el comité presentó sus principales conclusiones con la participación de representantes indígenas. La selección de dichos representantes se hizo según una convocatoria abierta, donde el propio comité se encargó de seleccionar a los participantes entre todos los candidatos siguiendo criterios de representación geográfico, género y edad.

4. La organización de la consulta por el Congreso

52. Como se indicó anteriormente, la jurisprudencia constitucional chilena ha establecido que corresponde al Parlamento una obligación específica para llevar a cabo las consultas a los pueblos indígenas en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente. El cumplimiento de esta obligación requiere cauces institucionales adecuados para la consulta con los pueblos indígenas en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT. Cabe tener presente que el Convenio 169 establece que los Estados deberán “establecer los medios a través de los cuales “los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas” (art. 6.b).

53. A este respecto, cabe señalar que en otros países se han establecido comisiones parlamentarias específicas sobre asuntos indígenas, con responsabilidad, entre otras, de llevar a cabo consultas con los pueblos indígenas y otros actores interesados en materias que les conciernen directamente. Éste es el caso, por ejemplo, de las comisiones de asuntos indígenas

de México y Venezuela, la Comisión de Asuntos Étnicos de Nicaragua, del Comité de Asuntos Indios del Senado de Estados Unidos, de la Comisión de Asuntos Aborígenes y de Desarrollo en el Norte de Canadá, del Comité Permanente sobre Asuntos Aborígenes y de los Isleños de Torres Strait de Australia o del Comité sobre Asuntos Maoríes de Nueva Zelanda.

54. En Colombia, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República tiene atribuciones específicas para el examen de las cuestiones relativas a los pueblos indígenas del país (Decreto 1396 de 1996). En algunas ocasiones, dichas comisiones sobre asuntos indígenas están vinculadas a sistemas de representación especial de los pueblos indígenas en el poder legislativo, como en los casos de Bolivia, Colombia, Nueva Zelanda o Venezuela.

55. Otro ejemplo positivo es el caso de Guyana, donde la reforma constitucional en materia de derechos humanos fue atribuida a una Comisión de Reforma Constitucional creada por ley (*Commission Act 1999*, de 22 de enero de 1999), responsable de consultar a los actores interesados, incluyendo los pueblos indígenas. Delegaciones de tres miembros de dicha comisión, que contó con la participación de un representante indígena, llevaron a cabo audiencias públicas en distintas comunidades del país, donde recavaron insumos de los miembros de dichas comunidades y de comunidades vecinas sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional. Asimismo, la comisión contó con la presencia de siete expertos nacionales y siete expertos internacionales que ofrecieron sus puntos de vista en torno a la reforma constitucional, incluyendo el reconocimiento de los derechos indígenas. El contenido de dichas consultas fue compilado y presentado ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento.

56. En relación con la consulta llevada a cabo por el Congreso en el contexto de las reformas constitucionales, actualmente no existe un mecanismo vinculado con el Congreso constituido específicamente para consultar con los pueblos indígenas. En este respecto, el Congreso podría optar por establecer procedimientos especiales de consulta que funcionarían a través de sus comisiones existentes, asegurando la participación efectiva de representantes de organizaciones y pueblos indígenas siguiendo criterios transparentes de selección, de manera complementaria a las consultas que fueran llevados a cabo con anterioridad por el Gobierno. *párrs. 53-54*).

5. El ámbito temático de la consulta

57. El carácter previo de la consulta exige que la nueva medida legislativa objeto de la consulta a los pueblos indígenas sea consultada en las fases previas a su tramitación parlamentaria. En relación con la reforma constitucional actualmente en curso, el Relator Especial recibió numerosas alegaciones de que el texto de reforma constitucional del informe aprobado por el Senado el pasado 7 de abril de 2009 no fue objeto de una consulta adecuada con los pueblos indígenas. Un déficit de participación y consulta a los pueblos indígenas sobre la elaboración de dicho texto fue señalado en diversas intervenciones de los Honorables Senadores durante las sesiones de los días 17 y 18 de marzo, y 7 de abril de 2009, quienes expresaron su voluntad de diálogo con los pueblos indígenas y necesidad de realizar un proceso de consulta³⁸.

³⁸ República de Chile, *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 357ª, Sesión 7ª (7 de abril de 2009).

58. En estas circunstancias, el Relator Especial opina que, para que la consulta a los pueblos indígenas en relación con la reforma constitucional sea verdaderamente una consulta previa, informada y significativa, ésta no debe circunscribirse necesariamente a al texto del informe aprobado por el Senado el pasado 7 de abril de 2009. Aunque este texto representa desde luego un insumo importante para la consulta, la consulta debería estar abierta en principio a otras cuestiones que, a la luz de las normas internacionales, la legislación interna, y las demandas legítimas de los pueblos indígenas pudieran tener cabida dentro del texto constitucional reformado.

6. El ámbito geográfico de la consulta

59. Resulta evidente que, dada la magnitud de una medida legislativa como la que se plantea, sería necesario abrir un proceso de consulta lo más amplio posible, que tenga en cuenta tanto criterios de eficiencia temporal y material con el cumplimiento de las obligaciones internacionales de la consulta, y en particular con el requisito de consultar a los pueblos indígenas a través de “procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas” y “de una manera apropiada a las circunstancias”.

60. Teniendo en cuenta estos requisitos, la magnitud de la medida objeto de consulta, así como la ausencia actual de mecanismos institucionales específicos para el ejercicio de la consulta indígena en relación con medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, el Relator Especial considera imprescindible que se lleven a cabo consultas de ámbito local o regional a fin de consultar directamente a los pueblos indígenas, a través de sus instancias representativas, en torno al contenido de la reforma constitucional. El Relator Especial considera asimismo que recavar las opiniones de los pueblos indígenas por vías indirectas (como por ejemplo a través del envío de comunicaciones por escrito), aunque puede ser un medio complementario y útil, no es suficiente para un verdadero proceso de diálogo, con miras a llegar a un acuerdo, como establecen las normas internacionales en la materia.

61. Lo anterior no es incompatible para que, tanto el Gobierno como el Congreso puedan recavar, en cualquiera de las fases del proceso legislativo, la opinión por escrito de representantes de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas, organizaciones de la sociedad civil, expertos/as académicos/as y otros actores interesados, subrayando que ello no sustituye al proceso de consulta.

7. El ámbito temporal de la consulta

62. Como han establecido los órganos de control normativo de la OIT, los plazos para la realización de una consulta deben ser *adecuados* en relación con el tipo de medida a consultar. Resulta evidente que, en el caso de una reforma constitucional como la que se plantea, los plazos deben ser lo más amplios posibles para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con los requisitos establecidos en las normas internacionales.

63. En el caso de la reforma constitucional en trámite, el Relator Especial hace notar que el plazo inicialmente fijado por el Senado para recibir indicaciones al Proyecto de Reforma en esta etapa de trámite legislativo es de un mes, hasta el día 11 de Mayo, existiendo acuerdo del

Senado de renovar dicho plazo las veces que fuese necesario³⁹. A su vez, el Gobierno ha informado de un plazo de dos meses para realizar un proceso de consulta.

64. Un plazo de dos meses podría considerarse como excesivamente limitado para llevar a cabo una consulta en torno a una reforma constitucional, y que contemple la participación de las dos Cámaras en un diálogo con los pueblos indígenas. Con todo, será necesario el concierto de todos los actores interesados, incluyendo las autoridades del Estado, parlamentarios y de los propios pueblos indígenas, para acordar los procedimientos y plazos razonables, medidos en meses, para que la consulta cumpla con sus requisitos esenciales de validez, y al mismo tiempo sea operativa y eficaz.

E. CONCLUSIÓN

65. La reforma constitucional en materia de los pueblos indígenas representa una oportunidad sin precedente para avanzar en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en Chile y fortalecer el reconocimiento de estos pueblos como partes diferenciadas e integrales de la sociedad del país. El proceso de reforma de la Carta Fundamental no sólo respondería justamente a las demandas de los pueblos indígenas en Chile, sino que también podría sentar un ejemplo importante para el mundo. La consulta efectiva con los pueblos indígenas en este proceso es fundamental para la validez y legitimidad del nuevo texto constitucional a adoptarse, y para asegurar que dicho texto realmente corresponde a las aspiraciones y derechos humanos de los pueblos indígenas dentro del marco de una sociedad democrática y las normas internacionales a las que el Estado de Chile adhiere.

66. En el presente documento, el Relator Especial ha presentado y analizado el marco normativo internacional aplicable que establece el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados con relación a las decisiones administrativas y legislativas que les afectan, y los criterios dentro de este marco normativo para garantizar la efectividad de la consulta. Asimismo, el Relator Especial ha relacionado este marco normativo internacional con el contexto del proceso de reforma constitucional actual en Chile en materia de los pueblos indígenas. Con este documento el Relator Especial pretende proporcionar un análisis que pueda ser útil tanto para los órganos del Estado como para los pueblos indígenas en el desarrollo de un proceso de consulta adecuada. El Relator Especial reitera su disposición de continuar su colaboración con el Gobierno y los pueblos indígenas en Chile durante este importante proceso.

³⁹ En términos del Presidente del Senado: “La Mesa sugiere establecer un plazo de 30 días y...prorrogarlo, si así lo resolviera la Sala, a la espera de los resultados de la consulta o de la realización de determinadas audiencias. Siempre habrá buena disposición para ello. En tal virtud, sugiero fijar plazo para presentar indicaciones hasta el 11 de mayo y, en esa fecha, resolver si se justifica o no una prórroga, la que, en caso de respuesta positiva, no me cabe la menor duda de que la Sala otorgará” *Ibid.*